INFLUENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL EN AMÉRICA

Juan Carlos González

COLECCIONES
MAPFRE
1492

El sistema jurídico iberoamericano se ha desarrollado en cuatro períodos. En el del descubrimiento y asentamiento (1492-1511), las Capitulaciones de Santa Fe constituyen un conjunto de normas, que son los precedentes de la organización público-administrativa del gobierno del Nuevo Mundo. En el período de expansión y singularización (1511-1810), el derecho iberoamericano fue tomando cuerpo; desde la creación de las Audiencias hasta las Leyes de Indias. El de la emancipación y ruptura de la unidad (1810-1826) ve surgir dos tendencias: hacia la concreción jurídico-formal de los nuevos estados mediante constituciones propias, y hacia la reducción del espacio continental a esquemas nacionales. El último período se inicia en 1826, y es el de la consolidación de los estados nacionales y de los ensayos de concreción/racionalización del sistema. En un documentado trabajo, Juan Carlos González presenta la influencia del derecho español en la formación del sistema jurídico iberoamericano.

Juan Carlos González (San Sebastián, 1950). Doctor en Ciencias Políticas. Profesor Titular de la Universidad de Alcalá de Henares. Obras: *Cambio político y comportamiento electoral en Portugal* (1983), Coautor de *La izquierda europea* (1986) y de *La transición política española* (1989).

Colección Relaciones entre España y América

INFLUENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL EN AMÉRICA

Director coordinador: José Andrés-Gallego
Diseño de cubierta: José Crespo

Paseo de Recoletos, 25 - 28004 Madrid
ISBN: 84-7100-395-3 (rústica)
ISBN: 84-7100-396-1 (cartoné)
Depósito legal: M. 23577-1992
Compuesto por Composiciones RALI, S. A.
Particular de Costa, 12-14 - Bilbao
Impreso en los talleres de Mateu Cromo Artes Gráficas, S. A.
Carretera de Pinto a Fuenlabrada, s/n, km 20,800 (Madrid)
Impreso en España-Printed in Spain

JUAN CARLOS GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

INFLUENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL EN AMÉRICA



ÍNDICE

Capítulo I

EL ÁMBITO JURÍDICO-POLÍTICO IBEROAMERICANO

Conceptos generales sobre la idea de sistema jurídico

La noción misma de sistema, sin una especificación semántica estricta, puede inducir a cierta confusión o, en el peor de los casos, a un molesto bloqueo teórico. Por ello resulta imprescindible, para mayor comodidad y rigor intelectual, establecer algunas precisiones introductorias sobre la concepción de sistema jurídico que adopto.

El sistema jurídico puede entenderse bien como una categoría ontológica bien como categoría metodológica. En el primer caso, se centra la atención en las características objetivas del ordenamiento, de forma tal que pueda precisarse, como totalidad singular, su propia filogénesis. En el segundo, la idea de sistema jurídico sólo se usa como un esquema conceptual de referencias teórico-instrumentales; aquí el sistema operaría como un método de clasificación capaz, en todo caso, de definir diferencialmente la pluralidad de las construcciones posibles de un ordenamiento positivo determinado.

Sin despreciar la capacidad didáctica de la segunda concepción del sistema jurídico, ampliamente utilizada por los comparatistas, me interesa que nos centremos en la primera, cuyo nivel de abstracción nos permitirá una mayor libertad teórica para los fines que se propone esta introducción.

En este sentido, para ir precisando mi concepción de sistema jurídico, conviene recordar que el positivismo alemán de finales del siglo XIX —Jhering, 1878— ya afirmaba la imposibilidad de comprender el derecho sin conocer su conexión sistemática. En efecto, el sistema no debe ser un orden aplicado artificialmente a su objeto, sino un or-

den abstraído de su misma esencia. Al hablar de sistema jurídico me estoy refiriendo al ordenamiento interno de la cosa en sí, de tal forma que cada sistema está perfectamente individualizado y cada derecho encuentra su propio sistema, que no convendrá a otro.

Precisando estas cuestiones, Baumgarten, por un lado, y Brugi, por otro, establecen sendos sistemas de doble diferenciación. Para el primero, hay que distinguir entre organización del sistema, donde opera la dogmática y cabe al jurista la función expositiva, clarificadora y en su caso creadora e integradora del derecho, y *sistema constituido*, donde se integra el conjunto de reglas de origen predominantemente legislativo. Brugi, por su parte, diferencia entre *sistema formal*, o puro conjunto de técnicas expositivas, de carácter no dogmático, y sistema sustancial, que vendría a ser lo esencial inmanente de un organismo jurídico. Naturalmente, estas divisiones no se presentan como proposiciones antagónicas, sino más bien como desviaciones complementarias que pueden dar mayor agilidad al proceso cognitivo cuando se usan con rigor y sin fáciles eclecticismos.

Se puede afirmar entonces que tras el conjunto de las disposiciones de un determinado ordenamiento se va perfilando la noción de sistema jurídico como coherencia inmanente. Es decir, el sistema jurídico no se constituye mediante el aglomerado de las reglas jurídicas —normas— sino en el conjunto ordenado del *corpus iuris et institutionis*, que trasciende el agregado amorfo de las disposiciones y, mediante su transformación cualitativa, permite la construcción jurídico-material de un ordenamiento concreto.

Pero también hay que tener en cuenta que, si por una parte las relaciones jurídicas en la realidad —Savigny, 1886— funcionan como un todo orgánico, que tratamos de descomponer en sus partes integrantes para comprenderlas de forma sucesiva y comunicarlo a los demás, por otra, las conexiones intrínsecas de los elementos jurídicos de un sistema no son siempre y simplemente lógicas, sino temporalmente orgánicas [1].

[1] Todas estas cuestiones, apasionantes sin duda, desbordarían los propósitos de la Introducción si pretendiéramos agotarlas. Como pura referencia, véase W. Wilhelm, *La metodología jurídica en el siglo XIX*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980. También, K. H. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milán, 1966.

El positivismo de Jhering y el organicismo historicista de Savigny permiten ir desvelando la naturaleza del concepto de sistema jurídico en el sentido que deseo precisar. Ahora bien, para lograr que tal sentido sea lo más completo posible, no podemos olvidar los conceptos de relatividad y temporalidad.

> No existe un sistema absoluto en punto a las particularidades de un derecho histórico [afirma Stammler]. Un esquema modelo en que se condense detalladamente el contenido de un sistema sólo podrá tener un valor relativo. Ningún orden jurídico concreto puede tener pretensiones de ser la suma absoluta, ni es tampoco posible que contenga una absoluta articulación, todo orden jurídico es necesariamente transitorio [2].

Si bien el sistema jurídico es por naturaleza relativo, no por ello hay que entenderlo como una conjunción de elementos disjuntos a los que la doctrina presta una cierta coherencia. Por el contrario, como afirma Engisch, la unidad intrínseca de un ordenamiento jurídico positivo no es sólo el resultado de la capacidad sistematizadora de la ciencia del derecho, sino que —fundamentalmente— se encuentra predeterminada «en las relaciones normativas y teleológicas que ya existían en el seno mismo del ordenamiento jurídico, lo que, como producto del espíritu humano, no se manifiesta como un caos amorfo». Abundando en esta idea, Coing reconoce en el ordenamiento jurídico una unidad intrínseca que la ciencia del derecho debe investigar y explicar por medio del concepto de sistema.

Esta unidad intrínseca, según Coing, se basa en primer lugar en la idea de que cada derecho positivo se fundamenta sobre ciertas representaciones de valores que, actuando como nexos históricos, llegan a constituir una totalidad histórica individualizada, propia del espíritu de determinado pueblo en una época determinada, que se manifiesta como concepción singular de una idea del derecho. En segundo lugar, el actuar el derecho en el interior de un sistema de relaciones vitales

[2] Véase R. F. Stammler, *Tratado de filosofía del Derecho*, Ed. Reus, Madrid, 1930, p. 340.

se manifiesta con una cierta autonomía, estructurándose de manera natural en sectores y fenómenos [3].

Todos estos conceptos permiten precisar la idea de sistema jurídico. Así, Castán Tobeñas afirma que «el conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo constituye lo que se llama un sistema jurídico. Un sistema jurídico es así el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad» [4]. Naturalmente, es condición inexcusable que dichas reglas e instituciones tengan la suficiente importancia y extensión como para producir una auténtica comunidad de derecho que ligue e integre a los hombres a los cuales se aplica. En este sentido, puede decirse que hay dos elementos esenciales en el sistema jurídico:

— una legislación que sirve de vínculo a la colectividad que rige, y

— una cierta autonomía institucional, al menos legislativa.

Desde una óptica más amplia, la de la sociología jurídica, el sistema jurídico sería el ámbito espacio-temporal en el que se producen los fenómenos de derecho. Esta reflexión me parece bastante adecuada, ya que

> si la expresión «sistema jurídico» tuviera que ser un simple sinónimo de derecho objetivo o de derecho positivo, su interés sería muy mediano. Es preciso tomar en consideración la idea subyacente, que es una idea importante. A saber: que un derecho es un conjunto y que sus elementos componentes (con frecuencia se piensa únicamente en las reglas y en las instituciones más que en los fenómenos jurídicos en general) lejos de estar fortuitamente reunidos, se encuentran ligados entre sí por relaciones de carácter necesario [5].

Así llegamos al problema de la necesaria caracterización del concepto mismo de sistema jurídico, que se ha ido desarrollando en las

[3] *Cf.* las exposiciones de Engisch y Coing en K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milán, 1966, pp. 197 y ss.

[4] Véase, J. Castán Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Ed. Reus, Madrid, 1975, pp. 5, 33 y ss.

[5] *Cf.* J. Charbonier, *Sociología jurídica*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 115.

anteriores definiciones, y que nos lleva a enfocarlo desde una triple perspectiva: como sistema normativo, como sistema coactivo y como sistema institucional.

El sistema jurídico puede considerarse como un sistema normativo en el sentido de que se instituye como un sistema deductivo de enunciados que integra todas sus consecuencias lógicas; de esta manera, cuando se decide formar un conjunto de dos o más enunciados cualesquiera, deben integrarse en él todos los enunciados que se infieren lógicamente de aquéllos. Con más precisión, puede caracterizarse a los sistemas normativos como aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas existe, por lo menos, una norma positiva que expresa la obligación, prohibición o permisión de un acto concreto [6].

Por lo que se refiere a su carácter como sistema coactivo, resulta razonable

> distinguir el derecho de otros sistemas normativos [...] por el hecho de que algunas de sus reglas están dirigidas a regular el monopolio de la fuerza estatal. Mientras el sistema jurídico incluye normas que prohíben en general el uso de la coacción, hay una serie de reglas que establecen excepciones a esta prohibición general, autorizando el empleo de la fuerza en ciertas condiciones y por ciertos individuos [7].

Es, pues, evidente que una de las características del concepto mismo de derecho radica en la circunstancia de que sus normas regulan, directa o indirectamente, el ejercicio de actos coactivos destinados a asegurar conductas, atribuir competencias u otorgar derechos, para mantener la eficacia del propio sistema.

Por último, en lo que se refiere a esta caracterización, hemos de considerar que al hablar antes del sistema jurídico como regulador del ejercicio de la fuerza estatal, se aludía directamente a su carácter coactivo, pero dando por supuesto otro concepto fundamental: la institucionalización del sistema. Como es lógico pensar, éste sólo puede rea-

[6] En este sentido, véase C. E. Alchourron y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.

[7] *Cf.* C. S. Mino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 102 y siguientes.

lizar el monopolio de la fuerza estatal por medio del establecimiento de órganos e instituciones específicas, dotadas de competencia suficiente para aplicar medidas coactivas; y por este hecho, por la posibilidad de regular el empleo del poder mediante el monopolio de ciertos órganos, el sistema jurídico se distingue de otros sistemas normativos.

Aquí conviene precisar cuáles son los tipos de órganos que operan en el sistema jurídico en cuanto que conjunto de instituciones orientadas a conservar y aplicar, eventualmente, la fuerza estatal; así tendremos:

— órganos encargados de dictar y derogar las normas esenciales del sistema (esencialmente legislativos, pero sin olvidar la creciente influencia de los ejecutivos, por mor de la interacción parlamento-gobierno, ni la presión de los organismos administrativos en uso de sus competencias reglamentarias).

— órganos encargados de aplicar normas concretas a situaciones singulares y de disponer, en su caso, la ejecución de medidas coactivas para su cumplimiento (instituciones público-administrativas, donde el papel de la administracion de justicia resulta clave, tanto en el sentido distributivo cuanto en el de amparo jurisdiccional frente a potenciales abusos del poder).

— órganos encargados de la ejecución material de las medidas coactivas (en general, las instituciones públicas de seguridad del estado).

La concepción que me propongo utilizar para el tratamiento de la idea de sistema jurídico es entenderlo como entidad general, en primer lugar, y en segundo lugar, como entidad aplicable al conocimiento del ámbito jurídico iberoamericano, en cuanto que concreción especial, lo cual se deriva lógicamente de las exposiciones anteriores.

Así, entenderé por sistema jurídico aquel conjunto de instituciones, normas y experiencias que poseen características esenciales sustancialmente diferenciadas. El sistema se constituye de esta manera, y se expresa como una unidad intrínseca de carácter dogmático-existencial, y no simplemente lógico-formal. Unidad, no totalidad, que se gesta mediante un proceso filogenético y se manifiesta continuamente como entidad esencial, singularizada, incluso cuando se alteran sus expresiones formales.

Antes de comentar someramente las principales clasificaciones, debo precisar que, si bien los sistemas son relativos y temporales, los ordenamientos propios de cada sistema concreto, en cada momento histórico —en cada fracción espacio-temporal determinada—, son totales y completos.

Apreciación esencial de los sistemas jurídicos contemporáneos: referencia específica al romano-germánico, o de derecho codificado

Como afirma Castán Tobeñas [8], la gran cantidad de sistemas que han existido y los que aún poseen vigencia hace prácticamente imposible su estudio pormenorizado, por lo que interesa al derecho comparado reducirlos a grupos en función de sus elementos comunes. Así, la clasificación de los sistemas jurídicos, dejando a un lado particularidades insignificantes y resaltando las coincidencias y analogías, puede resumir la gran cantidad de sistemas a un número relativamente limitado. No obstante, como algunos sistemas poseen elementos enormemente heterogéneos que dificultan toda clasificación y como, por otro lado, se han utilizado multitud de criterios de índole diversa, las agrupaciones propuestas por diferentes autores resultan tan variopintas como, a veces, arbitrarias. Sintetizando, a partir del utilísimo trabajo de Castán Tobeñas, me ha parecido conveniente resumir las clasificaciones más significativas —y recientes en cierto modo— según cinco criterios, los cuales son:

a) *En función del carácter de sus fuentes*: M. Sarfatti (*Introduzione allo studio dell Diritto Comparato*, Turín, 1913) divide los sistemas en dos grandes grupos, refiriéndose, por una parte, a las codificaciones de tipo romano y, por otra, al derecho común inglés. En las primeras, distingue entre códigos latinos (Francia, Bélgica, Italia, Portugal, España, Holanda), códigos gemánicos (Austria, Alemania, Suiza), códigos mixtos latino-germanos (Brasil) y códigos orientales modernos

[8] *Cf.* J. Castán Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental, op. cit.*, pp. 6-20.

(China, Japón). En cuanto a los segundos, sólo establece una distinción lineal entre los modelos británico, norteamericano y el propio de colonias y dominios.

b) *En función de sus orígenes ideológicos*: René David (*Traité de Droit Civil Comparé*, París, 1950; así como *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, 1964), diferencia los sistemas jurídicos según sean de derecho occidental, soviético, musulmán, hindú o chino, dividiendo el primero de ellos en grupo francés y grupo angloamericano. Esta clasificación, extremadamente chovinista, que otorga una influencia desmesurada a la codificación clásica francesa, fue corregida en parte por el propio David al reconocer la existencia de una familia romano-germánica —familia, no sistema— opuesta a otra familia de derechos derivados del *Common Law*. En este sentido se manifiesta entre nosotros Solá Cañizares (*Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, 1954), quien estima la existencia de cuatro grandes sistemas: occidentales, soviéticos, religiosos y chino. Este autor tiene el mérito de distinguir con toda claridad y por primera vez los derechos iberoamericanos como un grupo específico dentro del sistema occidental.

c) *En función de sus características ideológicas y morfológicas*: Silva Pereira («Unidade da cultura jurídica occidental», *Revista da Facultade de Direito*, Minas Gerais, 1954) identifica cuatro grupos o sistemas jurídicos, los romano-cristianos, *Common Law*, los soviéticos y los filosófico-religiosos.

d) *En función de sus características ideológico-culturales, en primer lugar y genético-morfológicas, secundariamente*: Castán Tobeñas (*Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, 1957), realiza una muy compleja clasificación, de carácter ecléctico, oponiendo los sistemas de cultura occidental a los que se han desarrollado fundamentalmente al margen de ésta. De los primeros, la diferencia básica entre subsistemas la establece en función del grado de influencia y permanencia del derecho romano, creando así uno de filiación románico-cristiana, que englobaría, por su parte, los derechos de tipo latino y, por otra, los de tipo germánico. Aquéllos, a su vez, determinarían la existencia de tres grupos de derechos, los de tipo italiano, los de tipo francés, y afines y los de filiación ibérica, entre los cuales se hallarían, diferenciados, el derecho español y el derecho iberoamericano, junto con el portugués y aquellos de raíz ibérica pero influidos por el *Common Law*.

e) *En función de la concepción del mundo que expresan y del tipo de relaciones sociales que establecen*: Frente a las anteriores clasificaciones, incluida la más compleja del profesor Castán Tobeñas, que expongo como una secuencia orientadora de los principales criterios y caracterizaciones que ha utilizado el derecho comparado para el análisis de los sistemas jurídicos, conviene precisar que, actualmente y con ciertas matizaciones que haremos inmediatamente, se tiende a la aplicación de un esquema más simple y útil a la vez, que describe, en el sentido de los tipos ideales de Max Weber, cuatro grandes sistemas o sistemas globales, susceptibles de circunscribir sistemas jurídicos específicos.

Así, de acuerdo con las categorías iniciales, tendríamos:

— sistema romano-germánico, de derecho codificado,
— sistema anglosajón, de predominio del *Common Law*,
— sistema socialista y
— sistema teológico-tradicional (mixtos y marginales).

Ahora bien, esta tipología general precisa ciertas matizaciones para resultar mínimamente operativa y no una simple descripción inespecífica. En este sentido, deberíamos considerar: la convergencia de los sistemas generales de organización política y, por lógica, de sus respectivos sistemas jurídicos; la crisis global de carácter existencial que afecta al sistema socialista, tanto como forma de organización política, cuanto como proyecto social y forma de vida, lo que implicará indudablemente alteraciones sustanciales en el concepto, las fuentes, los procedimientos y las instituciones jurídico-políticas consideradas hasta ahora legítimas y eficientes; y, por último, el incremento de la complejidad e importancia de las relaciones jurídicas internacionales, lo que supone tanto una necesaria convergencia de procedimientos como una determinación plural, cada vez mayor, del sector estrictamente privado [9].

Sin tratar de argumentar con más profundidad los puntos anteriores, que sólo resalto para estimular la reflexión, cabe pensar en la ne-

[9] Respecto a esta generalización, véase en concreto V. Fairén Guillén, «Bases uniformes de legislación procesal. (La sistematización de unas "bases uniformes" para la legislación procesal civil de los países latinoamericanos)», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 173, Madrid, 1970.

cesidad de una revisión de los criterios empleados en la clasificación de los sistemas jurídicos, para tratar de verificar la funcionalidad de otros nuevos a la luz de parámetros distintos. Por ello, aunque no sea éste el lugar más apropiado y sólo piense en establecer una hipótesis preliminar, creo que debe tratarse la posible reclasificación de los sistemas atendiendo a los siguientes criterios:

a) Según cuáles sean sus fuentes de derecho, tanto materiales (conjunto de actos de creación/interpretación generales), como formales (conjunto de actos de aplicación singular) [10].

b) Según se produzcan las expresiones de su dogmática jurídica, entendida como abstracción determinante de las condiciones de posibilidad, en lo que se refiere a la delimitación conceptual del proceso de formación del derecho [11].

No voy a tratar de probar aquí la eficiencia de esta metodología estableciendo una clasificación general más de los sistemas jurídicos en general. En principio, me limitaré a usarla como criterio de diferenciación interna del macrosistema o sistema global denominado romano-germánico (de derecho codificado), para tratar de verificar en el espacio jurídico-político iberoamericano la existencia de estructuras institucionales, conjuntos normativos y formulaciones dogmáticas capaces de justificar con verosimilitud la concreción de un sistema jurídico singular.

Todo ello obliga, con brevedad y concisión, a referirnos al ambiente jurídico-político general a partir del cual se irá decantando el sistema iberoamericano, entendido éste como hipótesis de trabajo.

Es cierto, y de general conocimiento, que al sistema romano-germánico, o de derecho codificado, pertenecen aquellos países cuya ciencia jurídica se ha construido sobre la base del derecho romano y en los cuales las normas jurídicas se conciben como normas de conducta

[10] *Cf.* al respecto, entre otros, I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 70 y ss. También, E. Álvarez Conde, *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 264 y ss.

[11] Sobre la noción de dogmática jurídica en el sistema jurídico, tema que deberemos tratar con frecuencia, es esencial ver el libro de N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

vinculadas directamente a la idea de justicia y de moral. En ellos, la tarea fundamental de la ciencia jurídica radica en determinar cuáles son estas normas y cuál su campo de aplicación genérico, preocupándose muy poco por los problemas derivados de la administración y de la aplicación concreta del derecho, tareas que se encomiendan a los tribunales y a la administración pública. Por ello, debido a razones históricas, el derecho se elabora básicamente con el fin de armonizar las relaciones entre los ciudadanos: de ahí la primacía del derecho civil como núcleo de este sistema jurídico y el escaso —comparativamente hablando— y tardío desarrollo de otras ramas del derecho, especialmente las relativas al derecho público.

En sentido estricto, la génesis del sistema romano-germánico está unida al desarrollo cultural experimentado por el occidente europeo en los siglos XII y XIII. Las estructuras sociopolíticas del bajo medioevo, caracterizadas por la descentralización del poder y la dispersión jurisdiccional, resultaban inadecuadas para satisfacer las nuevas demandas y atender las pretensiones que exigían las nuevas sociedades europeas. Éstas cobran paulatinamente conciencia de la necesidad del derecho, ya que sólo un ordenamiento congruente y racionalizado de las relaciones sociales y políticas podía garantizar el orden y la seguridad generales que precisaban tanto los proyectos divinos como los humanos [12].

Que la sociedad deba regirse por derecho y someterse a normas generales no es una invención de la época. Pero estos principios, elaborados con precisión por el derecho romano, especialmente en lo que al ámbito privado se refiere, implicaron entonces innovaciones revolucionarias que fueron destruyendo con cierta rapidez el sistema prerrogativo feudal. Frente a él, los nuevos filósofos y juristas propugnan un orden basado en la idea de justicia, cuyo conocimiento sea accesible mediante la razón y condenando tanto la arbitrariedad como toda invocación a lo sobrenatural en el ámbito de las relaciones civiles.

> La eclosión del sistema romano-germánico [dice R. David] no se debe en modo alguno a su afirmación por el poder político ni a la

[12] La bibliografía al respecto es abundantísima. En general, véase A. von Martin, *Sociología de la cultura medieval*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970. H. Pirenne, *Historia económica y social de la Edad Media*, F.C.E., Madrid, 1980; J. Huizinga, *El otoño de la Edad Media*, Alianza Ed., Madrid, 1978; y M. Bloch, *La société Féodale*, Albin Michel, París, 1968.

centralización llevada a cabo por una autoridad soberana. En esto se diferencia el sistema romano-germánico del inglés, en el cual el desarrollo del *Common Law* va ligado al programa del poder real y a la existencia de tribunales reales altamente centralizados. Por el contrario, el sistema romano-germánico se afirma en una época, siglos XII y XIII, en la que Europa no sólo no constituye una unidad política, sino en la que se considera quimérica la idea de que las cosas podrían ser de otra forma; en una época en la que es evidente que los esfuerzos realizados por el Papado y por el Imperio no logran reconstruir, en el plano político, la unidad del Imperio romano. El sistema jurídico romano-germánico siempre se ha fundado exclusivamente sobre la comunidad de cultura. Nació y sigue existiendo con independencia de todo significado político [13].

Ahora bien, en la situación social y política en la que se encontraba Europa, la construcción de un nuevo derecho y el diseño de las estructuras jurídicas e instituciones apropiadas para contenerlo y hacerlo efectivo sólo podía llevarse a cabo en las universidades. Y es en estos focos culturales donde comienza a desarrollarse la idea de revisar y adaptar las formulaciones clásicas del derecho romano a las necesidades del nuevo orden social y económico. Las razones que justifican este fenómeno pueden deducirse de la ausencia de derechos nacionales consolidados, por una parte, y por otra, de la objetividad estructural y claridad de conceptos del derecho romano. Si a ello unimos lo accesible que resulta, pues el latín era la lengua erudita común europea, y su aceptación por la Iglesia, tras las formulaciones de Tomás de Aquino sobre la validez de las normas clásicas como fuente de conocimiento racional del sistema de relaciones jurídicas, resulta bastante lógico que estas doctrinas se extendieran con rapidez por todos los centros universitarios del continente.

Partiendo de los glosadores boloñeses y durante casi dos siglos, se enseñó e investigó, con diversos resultados y rigor, el sentido de las leyes romanas tal y como aparecían en las compilaciones de Justiniano, pero sin tratar de aplicar los significados de su estructura normativa a las necesidades sociales de la Baja Edad Media. Las glosas significaban un intento erudito de explicar, aclarar o interpretar el

[13] *Cf.* R. David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, op. cit.*, p. 28.

contenido de las leyes romanas, pero no de crear nuevas doctrinas. Habrá que esperar hasta finales del siglo XIII para que la escuela de los posglosadores dé una nueva orientación a estos trabajos académicos y comience a adaptar el derecho romano a la regulación de nuevas relaciones, como puedan ser las derivadas de las comerciales o de las internacionales privadas. De forma simultánea, se tiende a sistematizar la exposición del derecho romano, abandonando los métodos de la jurisprudencia clásica y esforzándose por completar y perfeccionar la ciencia jurídica romana. De esta forma, el derecho romano enseñado en las universidades se aleja cada vez más de las formulaciones originarias, traduciéndose en un nuevo derecho, modernizado, que era aplicable a las nuevas condiciones sociales, el *usus modernus pandectarum*. Esta sustitución de la idea clásica de un derecho natural, fundado en la justicia, por una idea de los derechos subjetivos, derivados de la voluntad —afirma David citando a Villey— renueva totalmente la concepción jurídica de Roma [14].

Sistematizado de esta manera por los juristas, el derecho enseñado en las universidades, desde la glosa a los posglosadores y pandectistas, se aparta cada vez más del derecho justiniano para convertirse en un derecho inmanente, fundado en la razón y con vocación de universalidad. La preocupación por descubrir y manifestar los principios de un derecho puramente racional dará origen a una nueva escuela, la del derecho natural, que se impondrá hasta bien entrado el siglo XVIII.

La corriente iusnaturalista implica una renovación sustancial de las concepciones jurídicas de la época al introducir la idea de derechos subjetivos, inexistente en la tradición romana. Pero no quiebra con ello la unidad del sistema; por el contrario, defendiendo la concepción de un derecho natural y común a todas las épocas y países, fortalecerá la comunidad jurídica europea al generalizar la adhesión a unos principios filosóficos y morales comunes. Así, la escuela de derecho natural creó las bases para que, junto al derecho privado, fundamentado en el derecho romano, se elaborara un derecho público, del que carecía Europa, que diera realidad a los derechos del hombre y garantizase las libertades de la persona humana.

[14] R. David, *op. cit.*, p. 31. M. Villey, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit 1962-63*.

Como consecuencia general, en un lento proceso de elaboración que abarca los siglos XVI al XVIII, el iusnaturalismo va decantando corrientes de pensamiento jurídico que rompen con las concepciones tradicionales —autoritarias sobre los poderes y funciones de la Corona en el ámbito del Estado—. A partir de esa época, la voluntad del soberano se entiende sometida a la razón, limitada por el derecho y manifiesta mediante leyes, y no como la prerrogativa de emitir mandatos arbitrarios. En el soberano se ve al legislador, atribuyéndosele la función de reformar y completar el derecho, eliminando los errores anteriores y desarrollando normas que se ajusten al derecho natural y de gentes [15]. La expansión de estas ideas en los estados europeos va sugiriendo los proyectos de codificación, sustancialmente distintos de las compilaciones bajomedievales. Mediante tales fórmulas se inicia la etapa moderna del sistema romano-germánico, en la que el desarrollo del derecho se hará depender básicamente de la voluntad del legislador.

Esta evolución intelectual —a la par que social, política y, sobre todo, económica— permitió la distinción material entre las áreas específicas del derecho partiendo, como hemos dicho, de la concepción diferenciada del espacio público —que permitirá la creación de su correspondiente derecho público— y de la positivación racionalizada de las normas y principios consuetudinarios en leyes generales y sistemáticas, mediante los procesos de codificación.

El espacio jurídico-político iberoamericano: importancia teórica de la discusión. Problemas de encuadramiento, clasificación y localización doctrinal

La discusión teórica sobre la existencia —la realidad, más bien— de un sistema jurídico iberoamericano pasa, a mi juicio, por el análisis del espacio jurídico-político en el que ha gestado, se desarrolla y pervive, entendido como ámbito físico-territorial e histórico-temporal.

[15] Amplísimas las referencias al respecto. Como básicos y en general, véanse, P. Janet, *Historia de la teoría política*, Daniel Jorro ed., Madrid, 1910 (vol. II); A. Brimo, *Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État*, A. Pedone, París, 1968; y A. Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

No pienso que sea imprescindible agotar la polémica doctrinal sobre el tema para fijar una teoría clara y eficaz que permita sostener la hipótesis de la realidad del sistema en cuestión [16]. La duda puede sostenerse *ad infinitum* en tanto se mantengan los criterios de clasificación tradicionales y no se trabaje en el sentido del análisis dogmático, lo que es, de momento, tarea por hacer.

Castán Vázquez —en los trabajos citados— apunta insistentemente, aunque sin decidirse a una clara afirmación, hacia la posible existencia y entidad de un sistema jurídico propio iberoamericano. Y ello porque, ampliando la consabida clasificación como derechos pertenecientes al sistema occidental, romanista y del grupo latino, «si son latinos —dice— son también americanos, lo que no puede decirse del derecho francés ni de los demás del grupo latino de Europa». Es decir, poseen en su origen una singularidad específica y se decantan mediante fórmulas de positivación que contienen soluciones originales y de carácter uniforme para la totalidad del sistema. Me refiero, respectivamente a las fuentes comunes del ordenamiento —el derecho castellano primero e, inmediatamente, las Leyes de Indias— y a su desarrollo dogmático (en sentido amplio, tanto *iurisdicente* como doctrinal): comenzando por la obra de las audiencias, prosiguiendo por la elaboración de referentes públicos —constitucionales y administrativos, básicamente— y continuando por la determinación positiva de las distintas codificaciones. Todo ello, en ambos casos, sin olvidar el valor e influencia de la copiosísima literatura jurídica que se ha elaborado en Iberoamérica por teóricos de esas latitudes y sobre puestos propios del área.

[16] Véase muy especialmente, J. M. Castán Vázquez, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1984. En esta obra, que es su discurso de recepción, el profesor Castán Vázquez sintetiza con acierto las principales corrientes y posiciones doctrinales al respecto, temas sobre los que trabajó en dos artículos anteriores, «El sistema jurídico iberoamericano», *Revista de Estudios Políticos*, n.° 157/68, pp. 209 y ss., y «El sistema de derecho privado iberoamericano», en el vol. VI de los *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Universidad de Navarra, 1969. En ellos pueden encontrarse todas las referencias que se deseen para seguir la controversia. También resulta interesante ver J. L. de los Mozos, «Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano», en *Revista de Derecho Privado*, LX, 1976. Del mismo modo, S. Schipani, *El Código civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano, op. cit.*, pp. 42 y ss.

Manteniéndome en la línea positiva que encabezan Castán Vázquez y J. L. de los Mozos, en España, ampliando las vías abiertas por García Gallo y Ots y Capdequi, así como los trabajos de juristas tales como Pierangelo Catalano, Sandro Schipani, Herman Eichler, Hans-Albert Steger y C. Fernández Sessarego [17], creo que puede sistematizarse el desarrollo y la concreción del sistema jurídico iberoamericano atendiendo a cuatro períodos: a) el período del descubrimiento y del asentamiento; b) el período de la expansión y singularización; c) el período de la emancipación y, d) el período de consolidación [18].

a) *El período del descubrimiento y del asentamiento* (1492-1511)

Aunque este corto espacio de tiempo signifique poca cosa en la penetración geográfica, jurídicamente tiene gran importancia. En efecto, antes de emprender la aventura de la que resultó —inintencionadamente— el descubrimiento de América, se otorgan las Capitulaciones de Santa Fe (17 de abril de 1492), acordadas entre los Reyes Católicos y Colón. Las descomunales pretensiones que contienen sólo justifican la conformidad real en cuanto que ambas partes ignoraban lo que se iba a descubrir y su trascendencia. Sin embargo, las funciones que implicaban los títulos de virrey, gobernador y almirante, acordados al descubridor en tan singular documento, constituyen un conjunto de normas que se interpretan como precedentes de la organización público-administrativa del gobierno del Nuevo Mundo. Las capitulaciones, éstas y en general todas las posteriores, obviando los fines particulares que perseguía cada descubridor, determinaron el procedimiento originario para el nombramiento de titulares de funciones públicas y de la gestión de las correspondientes organizaciones y servicios, es decir, para que usaran de las facultades gubernativas y jurisdiccionales de acuerdo

[17] Sobre el tema específico de los trabajos recientes en torno a la configuración teórica del sistema jurídico iberoamericano, véase el vol. V de *Studi Sassaresi*, monogáfico sobre «Diritto Romano. Codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano», Giuffrè, Milán, 1981.

[18] La cronología que propongo está referida a una periodización arbitraria de la evolución del derecho en Iberoamérica que me ha parecido útil para los fines de esta introducción. Su única pretensión es fijar temporalmente el proceso de producción normativo en el subcontinente.

con los precedentes peninsulares —tanto normativos como estructurales— modificándolos en mayor o menor medida [19].

A las capitulaciones, que no deben considerarse normas de sentido general, debemos unir instrumentos de carácter público-internacional que perfilan el ámbito global donde se desarrollará el sistema: los arbitrajes papales y los tratados entre las potencias coloniales. Los primeros se refieren a las Bulas Alejandrinas de 1493 —especialmente la quinta, *Bula de Donación* y a la bula *Universalis Ecclesiae*, promulgada por Julio II en 1507, la importancia capital para fundamentar el regio patronato de Indias y para justificar públicamente —a nivel internacional— el derecho de colonización y disfrute —no de conquista— de los nuevos territorios que se incorporaban a la Corona de Castilla. En esta cuestión, Francisco Vitoria precisó el sentido de la «donación» papal al advertir que mediante las bulas no se otorgaba a los Reyes de Castilla el dominio y la soberanía directa sobre los indios, sino la exclusiva de predicación sobre las tierras descubiertas y el disfrute exclusivo de los beneficios políticos y comerciales que se siguieran de la protección y defensa de la fe en el Nuevo Mundo.

Por lo que se refiere a los instrumentos público-internacionales, hay que recordar obligadamente el Tratado de Tordesillas, suscrito entre Castilla y Portugal en 1494, a propósito de la distribución geopolítica de las esferas de influencia territoriales [20].

Capitulaciones, bulas y tratados, en relación con las Indias Occidentales, son las fuentes de organización interna y de reconocimiento internacional que permiten identificar originariamente el incipiente sistema. No se trata de discutir, pues, la pretendida soberanía de las potencias del momento sobre los territorios conquistados o en disputa, sino de advertir cómo se materializa, aún de manera indiferenciada, una nueva entidad jurídico-política.

[19] *Cf.* A. García-Gallo, «Los virreinatos americanos bajo los Reyes Católicos», en *Revista de Estudios Políticos*, n.° 65, pp. 189 y ss.

[20] Sobre la discusión en torno al problema jurídico que plantea el descubrimiento, el alcance de las bulas y el significado de los «justos títulos» alegados por Castilla para justificar su derecho a la posesión y gobierno de las Indias, véase C. Bruno, *El derecho público de la Iglesia en Indias*, CSIC, Salamanca, 1967, pp. 98 y ss. En relación al Tratado de Tordesillas, *cf.* S. Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América, op. cit.*, pp. 125 y ss.

b) *El período de expansión y singularización* (1511-1810)

Durante casi trescientos años, partiendo de las bases jurídicas para el gobierno del Nuevo Mundo que determinan las regulaciones anteriores, el derecho iberoamericano fue tomando cuerpo. En efecto, desde la creación de la primera audiencia, Santo Domingo en 1511, hasta los muy complejos procesos que implicaron los fenómenos de emancipación de principios del siglo XIX (iniciados con la rebelión de Hidalgo en México en 1810), la solución jurídica a los conflictos acaecidos en Indias se dio en sus específicos ámbitos jurisdiccionales, lo que permitió:

1.° Transferir y adaptar la legislación castellana a Iberoamérica; 2.°, *corpus iuiris* especial y concreto para figuras, situaciones y supuestos nuevos (Leyes de Indias), 3.°, desarrollar aplicaciones singularizadas de lo preceptuado, regulando novedades y completando los vacíos de ley mediante la incorporación de las decisiones de las instituciones públicas, principios y costumbres al conjunto dinámico de lo que, partiendo de su ser como derecho indiano, devendrá un sistema jurídico en sí [21].

c) *Período de la emancipación y de la ruptura de la unidad territorial/ continental* (1810-1826)

Desde el primer pronunciamiento mexicano —Bando del padre Hidalgo, Guadalajara, 1810 (también conocido como Grito de Dolores)— hasta las derrotas realistas de Ayacucho, 1824, y la de El Callao, 1826, el primer tercio del siglo XIX transcurre en Iberoamérica —excepción hecha de Brasil— sumido en un continuo conflicto bélico. Y ello no sólo debido a la pugna armada contra la metrópoli, sino también como consecuencia de las múltiples contradicciones de intereses, que afectaban tanto el plano de las relaciones comerciales interamericanas e internacionales, como los relativos a su delimitación y control en lo territorial. De estas consideraciones debemos destacar, en términos generales:

[21] La formación y desarrollo del derecho indiano, en el proceso de creación del sistema jurídico iberoamericano, como más adelante veremos, tiene un valor singular: permite la transfusión de fundamentos romanistas sustanciales, a la vez que posibilita la transferencia de procedimientos y formas de organización eminentemente hispánicas que, positivadas y moldeadas en su historia, no se diversificarán esencialmente en su práctica. Sobre estas cuestiones, en general, véase A. García-Gallo, «La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano», *op. cit.*, pp. 182 y ss.

— La forma y el contenido del conflicto militar emancipador, carecterizado por guerras de media intensidad y larga duración en un escenario continental, por una muy irregular reacción de las fuerzas metropolitanas en cuanto a tácticas y estrategias y por la desastrosa política exterior española de la época.

— La dificilísima situación que atraviesa el reino desde la crisis de Bayona hasta el tenue reequilibrio de 1837, que implica su incapacitación material para formular políticas coloniales mínimamente coherentes y, por supuesto, para contrarrestar el incremento de las presiones internacionales (Inglaterra y Francia principalmente, pero sin olvidar las pretensiones monroístas de la Unión norteamericana) sobre los «monopolios» comerciales ultramarinos.

— El creciente malestar social de las propias «provincias de ultramar», que, cimentado sobre las necesidades de expansión de los capitales locales, se manifiesta primero como conflictos ideológicos entre realistas y republicanos, para traducirse inmediatamente en las clásicas luchas entre liberales y conservadores, entre unionistas y federalistas..., entre centralistas autoritarios y demócratas utópicos más o menos jacobinos.

Todas estas cuestiones, muy trabajadas por la doctrina [22], implican a mi juicio, y para el tema concreto que nos ocupa, dos tendencias fundamentales:

1. La tendencia a la concreción jurídico-formal de los nuevos estados mediante la formulación de constituciones propias, sumamente influidas por la experiencia norteamericana de 1787 y por la Declaración Francesa de 1789. En este campo, la presencia que pudo tener la Constitución de Cádiz de 1812 se vio menoscabada, entre otras razones, por la inestabilidad cíclica de las propias instituciones públicas españolas, quienes, por su desorden estructural-funcional, impidieron que se desarrollara y extendiera.

[22] En este sentido, por citar sólo lo más básico, véanse M. Fernández Almagro, *La emancipación de América y su reflejo en la conciencia española*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. G. y H. Beyhaut, *América Latina, de la Independencia a la Segunda Guerra Mundial*, siglo XXI, Madrid, 1984, y T. Halperin Donghi, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza Ed., Madrid, 1969.

2. La tendencia a la reducción del espacio continental iberoamericano (México, Centro y Sudamérica, incluyendo los territorios insulares, históricos, del Caribe) a esquemas nacionales, lo que llevará aparejado un notable y prolongado esfuerzo de concreción jurídica. Esto, de manera esquemática, se manifiesta en las primeras codificaciones civiles del área: Oaxaca, 1827; Bolivia, 1831; Perú, 1852 y en las más elaboradas que se reflejan en el Código de Bello, Chile 1855, el argentino de Vélez de Sarsfield, 1869 o los proyectos brasileños de Texeira de Freitas, 1856 y Clovis Bevilaqua de 1899.

En cualquier caso,

> con los sentimientos nacionales surgidos en cada uno de los nuevos estados [dice Castán Vázquez] coexistió una nueva conciencia de unidad supranacional en los pueblos que habían integrado la América española. Ello es comprensible. Ya antes de la independencia, los criollos habían compartido, en grado mayor o menor, un cierto sentimiento de unidad frente a la metrópoli. Los movimientos precursores de la emancipación contribuyeron seguramente a precisar y reforzar ese sentimiento, que naturalmente había de extenderse luego a lo largo de la lucha independentista generalizada [23].

Todas estas tendencias sintetizan la necesidad de afincarse en una entidad nacional-soberana, como forma concreta de afirmación territorializada y manera abstracta de tolerar la nebulosa continental, tan inaprehensible como angustiosa. Se manifiestan, así, como actuaciones reactivas que solucionaron un problema de identidad material mediante la diferenciación de conjuntos humanos y sus a veces correspondientes ámbitos espaciales (pueblos *versus* territorios), singularmente delimitados. Estas ideas no pretenden negar identidades nacionales ni derechos soberanos, tampoco resucitar ideales federalistas clásicos; pero sí constatar algo bastante evidente: el nacionalismo iberoamericano (con la excepción, repito, de Brasil) es posterior a la independencia. España no se enfrentó a levantamientos nacionales anticolonialistas, sino a reacciones sociales independentistas, liberalizadoras, sobre todo en el sentido comercial y financiero ya que en lo político y administrativo sólo consiguieron repetir los esquemas centralistas y autoritarios

[23] *Cf.* J. M. Castán Vázquez, *La influencia de la literatura jurídica..., op. cit.*, p. 54.

de las instituciones hispánicas, orientándose a la organización republicana del Estado [24].

d) *Período de la consolidación de los estados nacionales y de los ensayos de concreción/racionalización del sistema* (a partir de 1826).

Desde el fracaso del Congreso de Panamá hasta nuestros días, el ámbito iberoamericano ha experimentado tremendas convulsiones políticas, económicas y sociales que han permitido elaborar las más pintorescas teorías, propugnando desde los más huecos y bonapartistas nacionalismos hasta la confederación intercontinental, adornadas con un completo panteón ideológico.

Para lo que aquí nos interesa, podemos concretar el proceso de formación del espacio jurídico-político iberoamericano en torno a un conjunto de fenómenos de diversa orientación y carácter: centrífugos unos, como el pseudorracionalismo cultural e ideológico, y otros centrípetos, como el centralismo y el tradicionalismo.

Los fenómenos de orientación centrífuga y carácter pseudorracionalista aluden a la reacción antiespañola, que se traduce en antihispánica y que favorece la atracción hacia los modelos de desarrollo industriales, políticos y culturales de Inglaterra, Estados Unidos, Francia y, posteriormente, Alemania. El rechazo de la cultura española, unido a una particular avidez por lo «europeo» condujo a intentos de adoptar las soluciones organizativas del estado-nacional francés, apuntaladas con fórmulas constitucionales anglosajonas [25]. Lo que no impide que la proyección hacia las «Luces Europeas» de la mayoría de los intelectuales liberales iberoamericanos proporcione un intenso intercambio cultural que, sin duda, enriqueció y amplió tanto sus bases ideológicas como el acervo dogmático del área.

[24] Pese a la reorganización —a veces despiece— territorial y por mor de su misma arbitrariedad originaria, las naciones iberoamericanas continuaron formando una entidad, en sentido abstracto si se quiere, pero enlazadas molecularmente por su propia filogénesis. Es obvio que, junto con la lengua, se mantiene todo un sistema cultural complejo, elaborado a lo largo de cuatro largos siglos de convivencia, que pudo ser antagónico en unos casos, excluyente en otros, pero que actuó como catalizador en definitiva, que pervivió y se sostuvo, penetrando e impregnando las sucesivas estructuras de relación humanas, a todos los niveles. En sentido general, véase el trabajo de C. Veliz, *La tradición centralista de América Latina*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 162 y ss. Sobre la no arbitrariedad de esta reorganización de territorios y su fundamentación en el proceso de diferenciación regional que se manifiesta durante el siglo XVIII, *cf.* G. Céspedes del Castillo, *América Hispánica*, Labor, Barcelona, 1983, p. 357.

[25] *Cf.* C. Veliz, *La tradición centralista..., op. cit.*, p. 158.

Los fenómenos de orientación centrípeta se refieren principalmente a los que caracterizan al centralismo y al tradicionalismo. El primero deriva directamente de la pervivencia estructural de formas públicas coloniales de organización y control, personalizadas en instituciones ejecutivas verticales, semiabsolutas y firmemente enclavadas en núcleos administrativos urbanos. El segundo alude al afianzamiento de los modos de vida, las costumbres y las prácticas sociales, que se decantan durante los siglos XVII y XVIII y se depuran con la importancia de pautas de comportamiento decimonónicas de la burguesía liberal europea —parisina y londinense, básicamente [26].

Centralismo y tradicionalismo permiten entender los procesos de concentración del poder en los órganos ejecutivos, incluso en los modelos de organización del Estado de carácter federal, como derivados mediatos del liderazgo militar terrateniente neocolonial, e inmediatos del caudillismo paternopopulista autóctono. Igualmente, nos facilitan la comprensión de la fragmentación política que sufre Iberoamérica tras la independencia, de la insolidaridad y los antagonismos entre las nuevas naciones en busca de una identidad diferencial [27].

Por todas estas razones, el encuadramiento, clasificación y localización material del sistema jurídico iberoamericano plantea algunos

[26] El mejor ejemplo que se me ocurre es el del tradicionalismo religioso que, con mayor o menor carga de sincretismo indigenista, se mantiene imperturbable tras casi cinco siglos de monolítica fidelidad católica. Lo que indica un claro matenimiento de su predominio histórico, tanto moral como dogmático, que no excluye un considerable grado de compromiso social y político. Conviene ver, al respecto, F. C. Turner, *Catholicism and Political Development in Latin America*, Chapel Hill, Carolina del Norte, 1971.

[27] «Otro resultado de la independencia —dicen C. y H. Beyhaut— será el grado considerable de fragmentación política. Bolívar había tratado de concretar sus planes de unión en el Congreso de Panamá de 1826, pero la tentativa despertó muchos recelos y no llegó a realizarse; las Provincias Unidas del Río de la Plata, Chile y Brasil, se abstuvieron de participar en el congreso unificador. Los británicos se mostraron absolutamente contrarios a la iniciativa, que no convenía ni a las potencias internacionales ni a las oligarquías locales. Poco a poco el desmembramiento se acentuó. La Gran Colombia se dividió en tres estados, Colombia, Venezuela y Ecuador. De México se desprendió la Confederación Centroamericana, que luego se fragmentaría en El Salvador, Honduras, Nicaragua, Guatemala y Costa Rica. En el sur quedaron Bolivia y Paraguay como pequeños estados y surgió Uruguay, sobre el Río de la Plata entre Argentina y Brasil. Todos estos países, por otra parte, carecían de la unidad de sus modelos europeos y durante largo tiempo fueron perturbados por las luchas intestinas y las disputas de los caudillos locales, quienes, a cada momento, juzgaban necesario recurrir al cómodo expediente de la guerra civil para zanjar sus diferencias.» En *América Latina. De la Independencia a la II Guerra Mundial*, *op. cit.*, p. 25.

problemas para su concreción. Ahora bien, como se asumía al principio, creo defendible la hipótesis de su existencia como entidad diferenciada, en atención a las siguientes consideraciones:

1.° Se trata de un sistema de origen románico-castellano, que se vincula a núcleos de adopción precolombinos, caracterizados por su fuerte fijación en las costumbres autóctonas, y se proyecta bajo la influencia del derecho hispánico como derecho propio, autónomo: derecho indiano.

2.° El sistema se concreta, paradójicamente, cuando se inicia su fragmentación política. El nacionalismo antagónico de la primera mitad del siglo XIX no excluye la tendencia unificadora panamericana, que se manifiesta como una constante tanto en el ámbito de las relaciones internacionales como en la producción de normas de uso interno —codificaciones nacionales—, donde se advierte con bastante claridad la constante referencia del sistema a sus principios generales propios, a la interacción doctrinal y a la influencia dogmática recíproca.

3.° La estructura de los ordenamientos propios del sistema iberoamericano se basan en un conjunto complejo de fuentes que se diferencian netamente de sus semejantes europeos pertenecientes al tipo ideal de macrosistema romano-germánico: en cuanto que conjuntos de actos de creación e interpretación de las normas (fuentes materiales), y en tanto que conjuntos de actos de aplicación singular (fuentes formales). En el primer caso, resulta significativo el papel desempeñado por la orientación político-legislativa estatal, que pretende reducir la influencia de derechos extranjeros cuya simple transferencia podría alterar las líneas peculiares de cada legislación. En el segundo, sin embargo, se ha logrado una cierta unidad técnico-jurídica en cuanto a los procedimientos, métodos y actos, aunque sea prematuro hablar de la posible codificación de las normas procesales a nivel interamericano [28].

4.° Las expresiones de la dogmática jurídica en Iberoamérica, sin pretender con ello que resulten esencialmente innovadoras o absolutamente originales (lo que sería tan innecesario como absurdo), en su proceso de asimilación doctrinal y de constante elaboración, han pro-

[28] Entiéndase en sentido estricto, técnico o restringido. En un sentido amplio se debe recordar que la doctrina se ocupa del tema desde hace tiempo, *cf.*, al respecto V. Fairén Guillén, *Bases uniformes de legislación procesal*, *op. cit.*, donde se recogen abundantes referencias bibliográficas.

porcionado al sistema un orden jurídico característico. Y ello tanto en lo que se refiere a las condiciones de posibilidad, como en lo relativo a la delimitación conceptual del proceso de formación del derecho [29]. En este sentido, como exponente más señalado, cabe considerar la formación de un derecho de integración, que se forja en una doctrina singular del derecho internacional y supera la limitación política de las simples relaciones internacionales. Este importante fenómeno sería inviable si los países del área, pese a todos los reparos teóricos y dificultades políticas, no admitiesen su pertenencia a un ámbito del que emerge un principio de legitimidad que permite reconocer, mediante reflexiones y experiencias colectivas, un conjunto de conceptos y principios, de autoridades e instituciones que caracterizan un sistema común y permiten su determinación.

Sobre la originalidad, los caracteres y el problema de la uniformidad material del sistema jurídico iberoamericano

La teorización y defensa de una doctrina unificadora en la muy conflictiva apreciación del sistema jurídico iberoamericano, sobre la que pesan, además, los problemas relacionados con la integración jurisdiccional y normativa, sólo puede intentarse poniendo de relieve los mecanismos de coordinación jurídico-políticos adoptados, los procedimientos seguidos, tanto a nivel nacional —desarrollo de las distintas codificaciones nacionales—, como a nivel interamericano —líneas de integración regional—, así como el grado de positivación doctrinal y, en su caso, normativo alcanzado.

En todo caso, el derecho iberoamericano debe interpretarse a partir de sus propios criterios internos, en cuya investigación habrá de tener en cuenta, como decía, tanto en las fuentes originarias, como las de adopción y de proyección. Así, al considerar que el sistema se ha moldeado bajo la influencia del derecho romano que, implícito en su ordenamiento, transfiriese Castilla, advertimos también que el mis-

[29] Véase en la colección de monografías publicadas bajo el título *Direito e Integraçáo* por la Universidad de Brasilia en 1981, el trabajo de S. Schipani «Sistemas jurídicos e Direito Romano. As codificaçóes do Direito e a unidade do sistema jurídico latinoamericano».

mo se convirtió en núcleo de impulso/adaptación del sistema romanista, desarrollándose con independencia del devenir histórico de Europa [30]. Como veremos en su momento, las fases características en la elaboración de los modelos europeos no se reproducen mecánicamente en Iberoamérica, de tal manera que no se encuentran correlaciones lineales entre el sistema de codificación francés, el pandectismo germánico o las primeras positivaciones italianas y las propias formas y épocas de codificación en el área. Y no excluyo la existencia de un real e importante intercambio cultural, técnico y doctrinal-jurídico; por el contrario, son evidentes las aportaciones que la doctrina de los distintos países del sistema occidental románico europeo han realizado en Iberoamérica, con mayor intensidad y capacidad de penetración, según las naciones. Pero, al igual que ocurre con la influencia básica romana, las transferencias recibidas son asimiladas en función de las peculiaridades propias del sistema. Éste no las acepta y, automáticamente, las adapta; tampoco rechaza sin más los precedentes foráneos. El sistema jurídico iberoamericano se forja en la reelaboración *in situ* —no *in vitro*— de sus conjuntos normativos tratando de hacerlos coherentes con cada realidad nacional, pero sin perder por ello un grado considerable de compatibilidad continental [31].

En la evolución de las experiencias nacionales europeas, adscritas al mismo sistema extenso, también apreciamos tendencias diversas a menudo más encontradas e incompatibles que las iberoamericanas. Como dice Schipani,

> ...los planteamientos estatista-positivistas ligados al nacionalismo han producido brechas, a veces, en el intento de acantonar las dimensiones común y universalista del sistema romano mismo para despedazarlo en tantos derechos estatistas. No es imposible, [...] en la contradictoriedad de los elementos en acción y en la actual crisis del estatismo jurídico, revalorizar aquellas expresiones de un permanente derecho cómun... [32],

[30] Véase, al respecto, A. Guzmán Brito, «La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica, en *Index*, n.º 6, 1976, pp. 75 y ss.

[31] Véase J. M. Castán Vázquez, *El sistema de derecho privado iberoamericano*, *op. cit.*, pp. 182 y ss. (incluye abundantes referencias sobre el tema).

[32] *Cf.* S. Schipani, *El Código civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano*, *op. cit.*, p. 49. El profesor italiano hace referencia aquí a las peculiares posiciones que

sin que ello sea óbice para reconocer la diversidad de planteamientos que expresan firmemente algunos códigos.

En Iberoamérica, ni los códigos, ni la producción legislativa estatal se oponen a la existencia del sistema. Es más, por su recíproca acogida bien podrían coadyuvar a una potencial integración del continente. De acuerdo con Valencia Zea, puede decirse que en los países del área se ha mantenido constante la creencia en que la legislación estatal/nacional se integra en un sistema específico que ella misma articula, creando y derogando contenidos que no se anulan en la conciencia jurídica, participando en la formación de un conjunto global cuya esencia nuclear se integra mediante la estructura relacional de los códigos, superando así el aparente aislamiento y autosuficiencia nacionales [33].

Aunque pretendo centrar el tema en un espacio muy concreto —el jurídico-político—, no puedo dejar de referirme a los problemas que, a este respecto, introduce el fenómeno de la integración política iberoamericana, sobre el que gravitan complejas y potentes fuerzas de muy diversa índole [34].

Por ello, me parece necesario resaltar que no deben confundirse los supuestos de unificación jurídica con los de integración política. Los primeros se refieren a la uniformación —más que unificación— de procedimientos y afectarían básicamente al ámbito del derecho privado. Los segundos, que inciden directamente sobre el sector público de los derechos nacionales, precisarían insoslayablemente una previa uniformación constitucional, lo que, a más de utópico, me parece innecesario.

mantienen los códigos civiles italiano y suizo en relación al resto de los mismos ordenamientos europeos.

[33] Véase A. Valencia Zea, *Derecho Civil*, vol. I, Bogotá, 1979. Referido específicamente a las peculiaridades de la codificación en el área. A. Guzmán Brito, «Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica», en *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, enero 1983.

[34] Es imposible tratar aquí con detenimiento el valor y la influencia de los factores de carácter económico, político, geoestratégico..., que habrían de ser considerados para analizar exhaustivamente el tema. Y no sólo por sus especiales significados, sino también por los distintos ámbitos en los que operan, oscilando de lo bilateral-regional a lo internacional-multilateral y afectando a los países de Iberoamérica tanto de forma endógena como exógena.

Sin embargo, de los tratados interamericanos podría derivarse un conjunto de procedimientos, más depurado que el existente, capaz de vincular los intereses de los distintos países y de encauzar las fuerzas unificadoras del sistema. Este proceso, sin afectar a la diversidad de los ordenamientos fundamentales nacionales, creo que permitiría verificar la unidad del sistema, despejando, como decía Bello, «las incoherencias que deslumbran una obra a la que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias» [35].

En conclusión, creo que se puede concebir la existencia de un sistema jurídico iberoamericano, como sistema diferenciado, si tenemos en consideración:

a) La identidad de fuentes para el conjunto regional.

b) La práctica identidad de los principios informadores de los ordenamientos jurídicos nacionales y de sus reglas de interpretación del derecho.

c) La similitud de las orientaciones político-legislativas.

d) La uniformidad de las prácticas y de las técnicas jurídicas.

e) La existencia de una verdadera elaboración dogmática, que proviene de una tradición científico-jurídica autóctona.

f) La originalidad de ciertas instituciones y de soluciones jurídicas que permiten expresiones singulares, propias.

g) La tendencia manifiesta a la concreción jurisdiccional y de procedimiento apreciable en el ámbito público merced la existencia de numerosos instrumentos internacionales, que dan cuerpo a un sistema interamericano.

h) La coincidencia de las orientaciones político-legislativas estatales en la necesidad de tender, paulatinamente, hacia la construcción de estructuras interamericanas capaces de producir soluciones políticas para los conflictos del área, mediante la participación exclusiva de los propios actores y vecinos continentales.

En este sentido, pienso, cabe hablar de sistema jurídico iberoamericano. Que su existencia real-material sea de difícil prueba, o que

[35] En torno a Bello, véase A. R. Brewer-Carias, *La concepción del Estado en la obra de Andrés Bello*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983.

se le crea subsumido como subgrupo del romano germánico, manteniendo la simplificación clásica de los sistemas jurídicos —hoy ya de difícil defensa—, es cuestión que tanto permite la polémica como induce a la investigación doctrinal.

Capítulo II

LA PROYECCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL EN LAS INDIAS OCCIDENTALES

Dentro del ámbito general en el que se construye el sistema iberoamericano, resulta imprescindible referirse a las bases del proceso de su estructuración jurídico-política. Y esto presenta bastantes problemas, ya que, por el carácter y orientación de este libro, hay que considerar tanto el valor de las abundantísimas y espléndidas aportaciones que ya ha hecho la doctrina en torno a la historia del derecho en Indias, como la influencia de otras múltiples disciplinas sociohistóricas, que han analizado los temas del descubrimiento, conquista, asentamiento y expansión colonial hasta la saciedad. No en vano estamos tratando con el complejísimo fenómeno que supone penetrar en la historia toda de un continente, que no se caracteriza precisamente por su aislamiento ni por su falta de interconectividad propia e internacional. Aun trabajando con un sesgo específico, la perspectiva jurídico-política, la conexión recíproca de las múltiples ramas del conocimiento hace tener presente en la conciencia todas estas influencias, que no se pueden despreciar ni dejar a un lado [1].

[1] Para todo este capítulo, refiriéndome sólo a lo esencial, resultan inexcusables los siguientes trabajos: J. M. Ots Capdequi, *Estudios de historia del derecho español en las Indias,* Minerva, Bogotá 1940; *id., Historia del derecho español en América y del derecho indiano,* Aguilar, Madrid 1968; *id., El Estado español en las Indias,* Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1941; A. García Gallo, *Estudios de historia del derecho indiano,* Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972; sin olvidar otros trabajos del profesor García Gallo, empezando por su *Metodología...*; S. A. Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América,* Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1935; G. H. Peñalosa, *El derecho en Indias y en su metrópoli,* Temis, Bogotá, 1969; C. Bruno, *El derecho público de la Iglesia en Indias,* CSIC, Salamanca, 1967; I. Sánchez Bella, *La organización financiera de*

Se trata de un problema de límites que ha de resolverse con proporción y rigor. Por lo tanto, voy a centrarme aquí en los temas que, a mi juicio, son claves para la cimentación del orden jurídico iberoamericano: los orígenes y las fuentes de la legislación de Indias, el cuerpo jurídico determinado por el derecho indiano y la configuración estructural de los poderes públicos [2].

Los orígenes y las fuentes

En los territorios que se anexionaron a partir de los descubrimientos van a reproducirse, en una primera fase, las estructuras de poder y dominación que rigen en la metrópoli; pero con algunas matizaciones, que se refieren tanto a la particular posición de cada reino en el conjunto de los Estados peninsulares, como a los títulos que legitiman internacionalmente sus pretensiones de soberanía sobre los nuevos territorios.

En efecto, se hable de unión personal, como hace Joseph Pérez, o de unidad dinástica, según Ots Capdequi, lo cierto es que en la península Ibérica se mantiene durante toda la etapa imperial una clara heterogeneidad estructural en lo relativo a las instituciones políticas y a los ordenamientos normativos propios de cada reino. La monarquía católica unitaria de Isabel y Fernando —incrementada exponencialmente por los Austrias mayores— consiguió ayuntar diferentes territorios bajo un mismo cetro, pero manteniendo siempre una clara hegemonía castellana. Amparándose en sus privilegios y fueros, los restantes espacios políticos —reinos y señoríos— permanecen al margen de las iniciativas expansionistas castellanas, manteniéndose la vinculación territorial y

las Indias (siglo XVI), CSIC, Sevilla, 1968, y H. Pietschmann, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española en América*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989.

[2] No es mi intención tratar con profundidad el tema específico del derecho indiano, máxime cuando en esta misma colección se ha publicado un estudio monográfico sobre ello, obra de reconocidos expertos como los profesores Alberto de la Hera, Ismael Sánchez Bella y Víctor Tau. Sobre esta cuestión, resulta sumamente útil el trabajo del Académico chileno, Bernardino Bravo Lira, «El derecho indiano y sus raíces europeas: el derecho común y propio de Castilla», publicado en el *Anuario de historia del derecho español*, t. LVIII, Madrid, 1988, pp. 5-79.

política merced al control religioso de la sociedad y a los intereses económicos y militares.

Por lo que se refiere a los orígenes, hay que considerar que

> lo que se inicia en 1474, con la subida de Isabel al trono de Castilla, y en 1479, con el advenimiento de Fernando al trono de Aragón, es una mera unión personal. Las dos coronas siguen siendo independientes, a pesar de estar reunidas en la persona de sus respectivos soberanos. Las conquistas comunes pasan a integrar una u otra de las coronas; Granada, las Indias y Navarra forman parte de la Corona de Castilla; Nápoles, de la Corona de Aragón. Buena prueba de aquella situación es lo que acontece después de la muerte de Isabel, en 1504. Don Fernando, entonces, no es más que rey de Aragón y sólo circunstancias particulares —la muerte de Felipe el Hermoso y la incapacidad de doña Juana— le permitieron seguir en la gobernación de Castilla, como simple regente y no como rey. Hay que esperar al advenimiento de Carlos I, heredero de las coronas de Castilla y Aragón a la vez, para que los dos grupos de territorios queden bajo la autoridad de un soberano único, lo cual no implica, ni mucho menos, la unidad nacional [3].

El reino aún se resentía de los conflictos con Francia, en lo relativo a los derechos aragoneses sobre el Rosellón, y con Portugal, en cuanto a las pretensiones sucesorias lusas a la Corona de Castilla, cuando se gesta la aventura colombina. El acuerdo de 1478 con Luis XII y, más específicamente, el Tratado de Alcaçovas de 4 de septiembre de 1479, libera a los Monarcas Católicos de las tensiones internacionales y civiles que entorpecían su máximo empeño común, el control territorial de la península con objeto de centralizar tanto el poder político como de asegurar la preponderancia ideológica de la religión católica. Y en este contexto hay que encajar la empresa de Colón que, paradójicamente, se inicia como algo secundario, proyectado en el momento menos oportuno, de muy dudosa ejecución e inciertos resultados.

[3] *Cf.* J. Pérez, «España moderna (1474-1700). Aspectos políticos y sociales», en M. Tuñón de Lara (dir.), *Historia de España*, t. V, «La frustración de un Imperio», Labor, Barcelona, 1982, p. 143.

La precedencia del derecho castellano como fuente del ordenamiento indiano está bastante clara, como también lo está la autoridad de ambos monarcas en lo que se refiere a la gestión de los asuntos públicos de los territorios conquistados que, indudablemente, pasan a formar parte del reino. Ahora bien, si en un principio la anexión se entendía como incremento del patrimonio real, según se deduce tanto de las bulas de 1493 como de las Capitulaciones de Santa Fe de 1492, a partir del fallecimiento de Fernando el Católico en 1516, los territorios conocidos como Indias y todos los que en esa región se fueron descubriendo sucesivamente, no fueron ya patrimonio personal de la Corona sino parte constitutiva e inenajenable del Estado español.

Desde el enfoque del derecho público puede observarse que los territorios de Indias —con toda la imprecisión geográfica que se quiera— poseyeron desde principios del siglo XVI la misma consideración jurídica que el resto de las posesiones españolas en Europa; *status* aclarado paulatinamente mediante la correspondiente legislación pero que de origen ya implicaba la no concepción de lo que serán provincias ultramarinas como «territorio extranjero». Por consiguiente, desde el punto de vista político, la organización pública indiana estaba condicionada inicialmente por la especial importancia que se le había dado en el ámbito de la monarquía española, así como, desde el jurídico, se fundamentará sobre el ordenamiento castellano dominante [4].

De acuerdo con los principios del derecho castellano, en la abstracción del Estado se integran dos elementos: la comunidad, el conjunto de los súbditos, el reino, por una parte, y la Corona, el instrumento rector, por otra. Al incorporar un territorio al reino, cual fue el caso de Granada, se produce una fusión compleja que supone la pér-

[4] Todas estas cuestiones hay que tomarlas con cautela ya que, si en un principio el descubrimiento y la expansión colonial sirvió para consolidar el desarrollo del poder absoluto de la Corona, lo que es particularmente cierto en el caso de Fernando y de Carlos V, la evolución posterior «de lo anexo a y dependiente de los Reinos de Castilla y León, en que se incluyen esos estados de las Indias», permiten apreciar un notable grado de descentralización material en la gestión de los asuntos propios por parte de las «provincias ultramarinas». En este sentido, la política indiana de Felipe II, *Hispaniorum et Indiarum Rex,* es un claro ejemplo de expansión de las primeras formas de desconcentración de las funciones regias a través de la institucionalización del virreinato, retomada del ordenamiento aragonés por Carlos V. Una explicación ampliada de estos temas puede verse en G. Céspedes del Castillo, *América hispánica, 1492-1898, op. cit.,* pp. 99 y ss.

dida de su personalidad política. La incorporación a la Corona, sin embargo, produce una suerte de unión personal que permite mantenerla en mayor o menor grado. Este último supuesto, con ciertas matizaciones, sería el aplicable a Indias. Las características de la accesión e incorporación de los territorios ultramarinos a la Corona española permiten indentificarlos en las etapas fundacionales —del descubrimiento al reinado de Felipe II— como reinos patrimoniales, sobre los que se articulaba una soberanía real, manifiesta en la capacidad de la Corona para otorgar derechos de propiedad sobre tierra realenga y conceder toda suerte de privilegios. En el mismo sentido debe entenderse la institución del virreinato. Sin embargo, la monarquía hispánica, por las circunstancias geopolíticas de las provincias de ultramar y por el propio desarrollo de éstas como entidades materialmente autónomas, no pudo sostener los principios de centralización político-administrativa que propugnaban los teóricos de la incorporación por accesión —incorporación al reino—, por lo que ni los Austrias postreros ni los primeros Borbones fueron capaces de mantener aquellos territorios como estados patrimoniales sujetos a las prerrogativas reales. De esta manera, se irá forjando una singular identidad política indiana que, además, cuenta con notables refuerzos teóricos.

> La corriente doctrinal que considera a las Indias como verdadero reino dentro de la monarquía universal arranca de la literatura teológica sobre los justos títulos de dominio español en América. De Vitoria y Las Casas parten del concepto de las Indias como Estados Perfectos, es decir, que se gobiernan por sí mismos en cuanto tienen sus propias leyes, Consejos y magistrados; tal principio será ampliamente desarrollado por juristas indianos del siglo XVII hasta sus últimas consecuencias [5].

Para comprender con más claridad el proceso de configuración jurídico-político de Iberoamérica es inevitable reflexionar no sólo sobre los orígenes del sistema, la fase colonial, sino también sobre las fuentes que permitirán la articulación de un derecho propio.

[5] Véase G. Céspedes del Castillo, «La sociedad colonial americana en los siglos XVI y XVII», en J. Vicens Vives (dir.), en *Historia de España y de América,* t. III, Vincens Vives, Barcelona, 1961, pp. 566 y ss.

Con intenciones puramente propedéuticas he decidido realizar una personal sistematización de las fuentes de la legislación de Indias, lo que no empece su orden de prelación, definitivamente establecida en la Recopilación de 1680 [6]. Así, tendríamos:

Fuentes originarias

Son aquellas de las que se nutre de forma inmediata y sobre las que se cimenta el derecho en Indias. Podríamos convenir en diferenciarlas por su carácter en normas internacionales, que dan validez formal a las pretensiones españolas sobre la legítima posesión de los territorios ultramarinos, manifestándose mediante las bulas pontificias y los tratados internacionales, y normas internas, nacionales, constituidas exclusivamente por los precedentes castellanos, que se transfunden en una primera instancia a los nuevos territorios de manera automática.

Si nos atenemos a la costumbre de la época, y en relación tanto al contencioso luso-castellano, como a la solución del problema de

[6] La ley II, del título II, del libro II de la Recopilación de las leyes de los Reynos de Indias, de 1680, dice: «Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla conforme a la de Toro». Este orden de prelación, incorporado a las Leyes de Toro, reproducía el aceptado por el Ordenamiento de Alcalá, promulgado por Alfonso XI y disponía que, a falta de precepto aplicable de este ordenamiento, se recurriese al fuero municipal en vigor en la ciudad de que se tratare, en su defecto al Fuero Real de Alfonso X y si allí tampoco hubiere precedentes, a las Partidas. Sistema que rigió durante toda la época de vigencia en Indias del derecho castellano, alterándose tan sólo para que las nuevas disposiciones y compilaciones que se promulgaron ocupasen sucesivamente su vértice jerárquico. Por otra parte, el afán de precisión de la legislación y su tendencia a contemplar circunstancias singulares y específicamente indianas y no a trasplantar mecánicamente el derecho de Castilla se aprecia en la ley 13, del título II, del libro II, de la Recopilación citada, donde puede leerse: «Porque siendo de una Corona los Reynos de Castilla y de las Indias las leyes y orden de gobierno de los unos y de los otros deben ser lo más semejante y conformes que ser pueda, los de nuestro Consejo en las leyes y establecimientos que para aquellos estados ordenaren procuren reducir la forma y manera del gobierno dellos al estilo y orden con que son regidos y gobernados los Reynos de Castilla y León, en cuanto hubiere lugar, y permitiese la diversidad y diferencia de las tierras y naciones».

los justos títulos que justifican el dominio español de Indias, habrá de admitirse que «las bulas eran instrumentos públicos tradicionalmente aceptados con valor autenticador, correspondiendo al Papado la función de notario mayor de los derechos de los reyes» [7]. Determinan, por consiguiente, un arbitraje en última instancia tendente a reconocer mejores derechos, con audiencia o no de las partes, en cuanto a las pretensiones de soberanía territorial de las coronas sobre áreas en litigio. Pese a lo convenido en los pactos y tratados que se hubieran celebrado, en cuyos antecedentes cada una de las partes —coronas— hacía mención expresa de los derechos que la asistían, las resoluciones papales se entendían como una prueba formal de legitimidad, ya que, reconociendo el hecho, le prestaba especial solemnidad. En este sentido, pienso, deben analizarse ambas fuentes originarias/internacionales para comprender su interacción.

Las bulas pontificias, en cuanto que reconocimiento de hechos, tienen un valor singular, tanto para matizar los aspectos formales de los derechos castellanos como para determinar la constitución jurídica de la Iglesia en Indias [8]. Así, de las bulas alejandrinas, otorgadas en 1493, parte el reconocimiento pontificio de los derechos de la Corona española frente a las demandas portuguesas, materializándose en las múltiples concesiones otorgadas a la monarquía hispánica en orden a la colonización y evangelización de ultramar.

El primer documento de los cinco que integran esta serie de Actos de Alejandro VI, es la *Bula de la Donación,* la primera, *Inter coetera,* de 3 de mayo de 1493, se dio a instancias de Fernando e Isabel, deseosos de asegurar las tierras descubiertas en el primer viaje de Colón y de consolidar sus derechos sobre «las por descubrir» frente a las pretensiones de Juan II de Portugal, quien retuvo en Lisboa al Descubridor y tramitó el despacho de una flotilla para seguir sus rutas. El Pontífice accedió a las peticiones de los Reyes Católicos, reafirmando el protectorado papal a la empresa evangelizadora a la que se comprometían los monarcas; sin embargo, la *Inter coetera* era demasiado imprecisa, sobre todo para el gusto de Fernando de Aragón, ya que sólo estimulaba el celo de la conciencia real en lo tocante a la provisión de clero misio-

[7] S. A. Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América, op. cit.*, p. 28.

[8] No vamos a profundizar demasiado en tema de tal magnitud. Al respecto, véase C. Bruno, *El derecho público de la Iglesia en Indias, op. cit.*

nal para la adoctrinación de los naturales de las tierras descubiertas, pero sin reconocer concesión espiritual alguna [9]. Extremo que precisó la segunda bula, *Piisfidelium,* de 25 de junio del mismo año, donde se concretaba la dependencia directa de Roma del vicario pontificio en Indias, sin admitir ningún tipo de mediación real.

De igual fecha que la primera, pero sin duda redactada con posterioridad, es la tercera bula alejandrina, la *Eximiae devotionis,* donde se equipara al rey Fernando en las mismas concesiones que se habían otorgado a los reyes de Portugal. Hay que considerar que los privilegios de la Corona lusa provienen de la bula *Romanus Pontifex,* dada por Nicolás V en 1455, donde se le atribuye tanto el derecho exclusivo de combatir y convertir a los enemigos de la fe, como el de subvenir la expansión misional. Privilegios que se renuevan y amplían por mor de la *Inter coetera* de Calixto III, 1456, donde se otorga la omnímoda jurisdicción espiritual ordinaria al Gran Prior de la Orden de Cristo, rango que ostentaba Juan II de Portugal en los años del descubrimiento. En este sentido y de forma inintencional —ni los monarcas españoles lo pretendieron al pedirla, ni el Pontífice manifestó explícitamente su intención de reconocerlo— la *Eximiae devotionis* se interpretó como equiparación de ambas coronas, lo que permitía a Castilla proseguir el descubrimiento y conquista de nuevos territorios sin desventaja o menoscabo de derechos.

La situación era demasiado ambigua a pesar de —y posiblemente a causa de— la mediación papal, que, hasta el momento, no bastaba para satisfacer los intereses antagónicos de las monarquías ibéricas. Con este objeto, se consiguió del Pontífice una segunda *Inter coetera* —cuarta de las alejandrinas— que se fechó el 4 de mayo de 1493. Se trata de la conocida *Bula de Demarcación* por la que se fija una muy singular distribución del orbe por descubrir y conquistar, en orden a que españoles y portugueses compartiesen la empresa sin traspasar los respectivos ámbitos territoriales que les eran atribuidos [10]. Por último, el 25 de sep-

[9] Estas carencias de la *Inter coetera* serán satisfechas, como veremos posteriormente, por la bula *Exponi novis,* de 9 de mayo de 1522, también conocida como Bula Omnimoda, promulgada por Adriano VI, que, con el correr del tiempo, permitiría graves ingerencias regalistas. Véase sobre este tema el artículo de M. Gutiérrez de Arce, «Regio patronato indiano», en *Anuario de Estudios Americanos,* 11/1954.

[10] El Tratado de Tordesillas de 7 de junio de 1494 ratifica esta división territorial

tiembre de 1493, mediante una quinta bula *Dudum siquidem,* se aclararon y confirmaron todas estas concesiones.

Sin entrar en polémicas sobre una valoración público-internacional de estos documentos podemos constatar, en definitiva, que, conforme al derecho romano, las tierras de Indias pertenecían a España por derecho de descubrimiento y población; si los Reyes Católicos se sometieron en esta cuestión al arbitraje papal no sólo fue para afirmar una autoridad temporal sobre las tierras descubiertas, sino también para consolidar la integración de la república cristiana.

Las bulas alejandrinas son esenciales para entender la positivación público-eclesiástica, de carácter internacional, de las fuentes de legitimación de la *potestas* castellana sobre Indias, lo que sobradamente justifica la transferencia inmediata del ordenamiento castellano a aquellas tierras. Pero no son las únicas que afectan al tema en general y a los derechos reales sobre el patronato y financiación de la Iglesia indiana en particular. En efecto, hay que recordar, al menos, las bulas *Universalis Ecclesiae,* de Julio II —28 de julio de 1507— y la *Omnimoda* de Adriano VI —9 de mayo de 1522—. La primera de ellas constituye el

del mundo fijando la demarcación de los respectivos hemisferios portugueses —oriental— y español —occidental—, si bien traslada la línea límite a un meridiano situado a 370 leguas de la isla de Cabo Verde.

Por lo que concierne a la bula de demarcación, que Alejandro VI dirige a Fernando e Isabel, su tenor literal parece que solventa definitivamente el contencioso al fijar los límites concretos en los que puede desarrollarse la expansión de ambos países: «...y para que siéndoos concedida la liberalidad, de la Gracia Apostólica, con más libertad y atrevimiento toméis el cargo de tan importante negocio; *motu proprio,* y no a instancia de petición Vuestra, ni de otro, que por Vos nos lo haya pedido, más de nuestra mera libertad, y de cierta ciencia, y de plenitud del poderío Apostólico, todas las islas, y tierras firmes, halladas, y que se hallaren descubiertas, y que se descubrieren acia el Occidente, y Mediodía, fabricando, y componiendo una línea, de Polo Ártico, que es el Septentrión, al Polo Antártico, que es el Mediodía; ora se hayan hallado islas, y tierras, ora se hayan de hallar acia la India, o acia otra cualquiera parte, la cual línea diste de cada una de las islas, que vulgarmente dicen de los Azores, y Cabo Verde, cien leguas acia el Occidente, y Mediodía. Así que todas sus islas, y tierras firmes halladas, y que se hallaren descubiertas, y que se descubrieren desde la dicha línea acia el Occidente, y Mediodia [...], por la autoridad del Omnipotente Dios, a Nos en San Pedro concedida, y del Vicariato de Jesu-Christo, que exercemos en las tierras, con todos los señoríos de ellas, Ciudades, Fuerzas, Lugares, Villas, Derechos, Jurisdicciones, y todas sus pertenencias, por el tenor de las presentes, las damos, concedemos, y asignamos perpetuamente a Vos y a los Reyes de Castilla y de León, vuestros herederos y sucesores». *Cf.,* para esta versión, S. Zavala, *Instituciones..., op. cit.,* p. 285.

núcleo básico de los privilegios que el Papado concederá a la Corona de España; la segunda se refiere a la intervención real en el envío de misioneros y a las relaciones de las órdenes religiosas con los obispos [11].

En sentido estricto, las bulas tienen su fundamento en la regulación propia del derecho público eclesiástico y no es demasiado correcto entenderlas como instrumentos arbitrales de carácter internacional. Mediante ellas no se legitimaban derechos de soberanía, más bien se afirmaba un acuerdo de patronazgo. De ahí los numerosos conflictos entre la Corona y el Papado a propósito de la capacidad de la primera para recaudar los diezmos debidos al impulso fundacional. La validez de las bulas como fuentes de legitimidad es, pues, relativa. Sólo trascienden la pura diplomacia vaticana cuando se incorporan a la doctrina como piezas dogmáticas con las cuales el monarca ha mostrado su acuerdo y exhibe como prueba definitiva de sus pretensiones.

Los tratados, por su naturaleza intrínseca, sí supondrían pactos de soberanía internacionales. Sin embargo, también sobre ellos es preciso trabajar con suma cautela, dado lo cambiante de los intereses internacionales, lo lábil de sus fundamentos jurídicos y las singularísimas interpretaciones de las que, a veces, son objeto. Si a ello unimos la imprecisión de las limitaciones geopolíticas y la «competencia desleal» de compañías y terceras naciones que se entrometen y estorban los pretendidos monopolios reales ultramarinos, podremos tener una visión relativamente precisa del valor real de estos instrumentos, lo que en modo alguno empece su valor formal ni su carácter de fuentes originarias.

En este sentido, y desde mi punto de vista, hay que examinar tres documentos básicos: el Tratado de Alcaçovas, el de Tordesillas y los acuerdos derivados de la Paz de Utrech.

Aprovechando las dificultades iniciales del reinado de Isabel y Fernando, la Corona portuguesa, mediante el Tratado de Alcaçovas de 1479, había conseguido relegar a la Corona de Castilla a un segundo

[11] Lógicamente, no son las reseñadas las únicas que se dictaron más o menos en relación al tema. Sobre todo a partir de la segunda *Inter coetera,* los papas dictaron numerosas disposiciones que no interfieren con las leyes de indias o, en todo caso, contribuyen a precisar su sentido eclesiástico. Existe una recopilación al respecto, realizada por Baltasar de Tovar, probablemente en 1601, que se integra en el *Compendio Bulario Índico.*

plano en lo relativo a los proyectos de expansión colonial. Sin haber consolidado aún sus intenciones políticas internas, los Reyes Católicos trataron de mantener el difícil equilibrio que suponía conservar la amistad con Portugal, por una parte, y lograr una vía de penetración atlántica, por otra. Las cláusulas de Alcaçovas imponían a los castellanos la renuncia a cualquier posible conquista en el Reino de Fez, así como la prohibición de realizar cualquier actividad comercial en la zona del golfo de Guinea a partir del cabo Bojador, dejando limitada su acción colonial a las islas Canarias y a la franja costera sahariana. Estos exiguos territorios serán firmemente conservados, sobre todo las Canarias, ampliándose el área de influencia norteafricana con la conquista de Melilla, sin tratar de penetrar en Marruecos, pero impulsando el incremento del comercio entre esta cabeza de playa africana y la ciudad de Cádiz.

Hasta el momento del contencioso abierto con Juan II, la Corona de España —Fernando e Isabel— respetan y cumplen, con ciertas matizaciones, lo estipulado en Alcaçovas. Una vez apreciado el descubrimiento de Colón —aún sin nociones claras de la inmensidad de lo acontecido y de lo descomunal de la empresa por emprender— los Monarcas Católicos aprovecharon su mejor situación política para precisar sus nuevos derechos y requerir del Papado la confirmación de la legitimidad de sus demandas. Como hemos visto, las bulas alejandrinas, especialmente las *Inter coetera,* hacen público el criterio de la Iglesia sobre la preeminencia de los derechos castellanos frente a los portugueses en lo tocante a la posesión patrimonial de las tierras ultramarinas, lo que implica directamente reconocer la capacidad soberana de la Corona española para atribuirse tanto el monopolio del control de la gestión de los asuntos temporales —políticos, económicos y administrativos— como el patronazgo espiritual de Indias.

Ahora bien, no fueron tanto las bulas papales como el desconocimiento geográfico lo que llevó a Portugal a concluir el Tratado de Tordesillas de 7 de junio de 1494. Conociendo la corte de Juan II las relaciones del primer viaje de Colón, que a su regreso se detuvo en Lisboa, e influidos por la vaguedad con que estaban redactadas las Capitulaciones de Santa Fe, consintieron en aceptar la delimitación contenida en la *Bula de Demarcación,* pero haciéndola retroceder hacia un meridiano 270 leguas más occidental. Tordesillas fijaba el límite de la expansión meridional portuguesa a 370 leguas al oeste de las islas de

Cabo Verde, incluyendo así en su área de influencia la «punta oriental de América del Sur», que habría de convertirse en el Imperio brasileño de Portugal.

Hasta la muerte de Carlos II en 1700, no merece la pena citar nuevos tratados por su relativa influencia sobre los asuntos indianos. Ahora bien, la Paz de Utrech, 1713, mediante la que concluye la Guerra de Sucesión Española, sí posee importancia suficiente como para destacar algunas de sus estipulaciones, esencialmente el reconocimiento por parte de las potencias europeas de Felipe V como rey de España, lo que supuso también admitir su soberanía sobre las colonias americanas. En esta línea, el Tratado de Asiento, del mismo año, redujo el monopolio estatal sobre el comercio americano, que no se liberalizaría totalmente hasta 1797, y permitió a Inglaterra controlar el tráfico de esclavos con las colonias españolas en América.

En rigor sólo deberían incluirse entre estas fuentes originarias los dos primeros tratados, Alcaçovas y Tordesillas, ya que todos los posteriores a 1560, fecha en que puede darse por concluido el período de conquista, pertenecen a la fase de colonización, de asentamiento y consolidación y, por consiguiente, de creación del derecho indiano en sí.

Por lo que se refiere a las fuentes originarias de carácter nacional, internas, debemos referirnos, aun de forma sucinta, a lo fundamental del ordenamiento castellano vigente en la fecha del descubrimiento y su desarrollo hasta la Nueva Recopilación, dada en 1567 bajo Felipe II. Su valor como fuente resulta obvio si consideramos que las transferencias normativas del derecho hispánico a los territorios ultramarinos se realizaron implantándolo, en principio, de manera lineal y directa [12]. Consideraremos, entonces: a) fueros; b) partidas; c) ordenamientos, y d) leyes.

a) *Los fueros,* en tanto que legislación especial, se refieren a los documentos de inmunidad que durante la Reconquista acordaron los reyes otorgar a personas o lugares, para eximirlos de tributo, servicios y otros gravámenes. Eran expresión manifiesta del derecho prerrogativo

[12] Sobre las cuestiones que siguen, véase J. M. Ots y Capdequi, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano, op. cit.*, pp. 42 y ss.

feudal, adoptando la forma de fueros reales, si la concesión del privilegio partía del monarca, y fueros señoriales, si de un señor inmune. Bien es cierto que la importancia creciente de los municipios como entidades político-administrativas y centros comerciales, dotados de cierta capacidad legislativa, de una relativa autonomía local, hizo que, sobre ellos, a su instancia y exigencia o como real/señorial recompensa, gravitase la mayor parte de estas primitivas declaraciones de jurisdicciones y derechos. Así, por ejemplo, el de Castrojeriz, 974; el de León, 1020, o la aplicación del Fuero Juzgo en Córdoba, a partir de 1241, por voluntad de Fernando III el Santo. Ahora bien, si nos atenemos concretamente al derecho castellano, bastará con indicar las características esenciales de tres documentos básicos: el Fuero Viejo, el Fuero Real y el Fuero de Nájera.

El Fuero Viejo —finales del siglo x— supone el reconocimiento de los privilegios de los nobles de Castilla para compensar la sanción por parte de Alfonso III el Magno, de los derechos forales conseguidos por los municipios castellanos. El Fuero Real, también conocido como Fuero del Libro de los Concejos de Castilla, Fuero de Leyes, Libro de Castilla o Flores de las Leyes, y cuyos antecedentes se encuentran en el Fuero Juzgo y en los Cuadernos Municipales —especialmente el Fuero de León—, se promulgó hacia 1255 por Alfonso X el Sabio. Hay razones para pensarlo como un proyecto de código general que se trataría de implantar mediante su aplicación sucesiva, bien de oficio, bien a instancia de los lugares que así lo pidiesen. Su vigencia en tanto que ley general fue extremadamente breve, revocándose en 1272 y sustituyéndolo por el Fuero Viejo; no obstante, continuó en vigor en numerosos lugares como fuero local, e incluso mantuvo su validez como precedente al continuar siendo aplicado por los tribunales regios. En efecto, numerosas decisiones originadas en él se recopilaron en las llamadas Leyes de Estilo —también Declaración de las Leyes del Fuero—, que aparecieron en torno a 1310, y que poseen un importante valor doctrinal en la interpretación de las normas del Real, hasta el punto de que algunas de estas Leyes se recogieron en la Novísima de 1805.

El Fuero de Nájera, aprobado por sus Cortes municipales y sancionado por Alfonso VII el Emperador, en 1138, fue de los primeros instrumentos jurídicos que superan el particularismo visigótico y tienden a la generalidad. Aunque fundamentalmente trata de sistematizar los privilegios nobiliarios, este fuero sirvió también de garantía a los

lugares, limitando el ámbito de arbitrariedad en el ejercicio de prerrogativas y fijando los diferentes derechos. Su valor como precedente legislativo aparece claro si atendemos a su inclusión casi total como parte del Ordenamiento de Alcalá; también es considerable su valor doctrinal en lo que se refiere a su contenido procesal y a la aclaración de ciertos conceptos civiles.

b) *Las partidas.* Según Ots y Capdequi, el código de las Siete Partidas, promulgado bajo Alfonso X el Sabio, hacia 1263, es la obra más importante del derecho histórico castellano, a la vez que la de mayor difusión doctrinal en los países del occidente europeo. Su carácter erudito, pues son obra de juristas y no de legisladores, no las hizo demasiado populares y dificultó notablemente su aplicación real. Las partidas no consiguieron alcanzar fuerza legal hasta que, en 1348, Alfonso XI las incluyó en el Ordenamiento de Alcalá como fuentes del derecho castellano, si bien de carácter supletorio y aplicables en último lugar. Pese a todos los inconvenientes, este frustrado intento de unificación legislativa tuvo en Indias una enorme difusión e influencia, consiguiéndose una vigencia efectiva más real al ser frecuentemente aludidas, tanto por su carácter de derecho supletorio, como por su valor doctrinal.

c) *Ordenamientos.* En un sentido muy general, podemos decir que se trata de intentos de sistematización legislativa, de diversa fortuna y vigencia. Los más relevantes, en relación a su influencia sobre el derecho indiano, fueron el Ordenamiento de Alcalá, de 1348 y el Ordenamiento Real, de 1484. El primero de ellos no sólo trató de uniformar la muy dispersa legislación existente, sino que quiso ser ley general aplicable en ámbitos aun bajo prerrogativas señoriales y eclesiásticas. Promulgado por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de 1348, se inspira en leyes anteriores y, fundamentalmente, en el Fuero de Nájera, que recoge prácticamente íntegro. El segundo, también conocido como Ordenanzas Reales de Castilla y más familiarmente, por su autor, Ordenamiento de Montalvo, fue sancionado por los Reyes Católicos en 1484. Las fuentes principales de este conjunto de normas, cuyo vigor legal es discutible, se encuentran en el Fuero Real y en el Ordenamiento de Alcalá. En todo caso, ambos ordenamientos tienen el valor de intentar la dificilísima tarea de una unificación legislativa sistematizada, lo que aún resulta prematuro e inviable dada la dispersión de autoridades y de jurisdicciones, así como la existencia de diferentes sujetos a los que deben aplicarse distintos derechos.

d) *Leyes.* Entendidas como conjuntos normativos sistematizados, que si no determinan el derecho *ex novo,* al menos tienen cierta originalidad, derogando normas opuestas a las nuevas necesidades del reino y adecuando las existentes a las circunstancias cambiantes. Aquí se incluyen, obviamente, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación.

El Ordenamiento de Montalvo fue incapaz de imponerse a la dispersión legislativa y unificar los dispares ordenamientos vigentes en la época. Por ello, tras las Cortes de Toledo, 1502, y las de Toro, 1505, Fernando el Católico, a cargo del gobierno de Castilla por incapacidad de Juana, sancionó las llamadas Leyes de Toro, compendio de normas que, en número de 83, tuvieron un importante papel en la formación histórica de las instituciones jurídicas castellanas. De valor esencialmente doctrinal, por versar en parte sobre fuentes legales y órdenes de precedencia normativa, también contienen amplias consideraciones de orden civil, procesal y penal, influyendo notablemente sobre el derecho indiano en lo relativo a sucesiones —instituciones hereditarias vinculadas—, y a la determinación jurídica de los hijos naturales.

Como podemos apreciar, concluyendo la Baja Edad Media se hacía sentir en Castilla la necesidad de compilar sistemáticamente las fuentes jurídicas, tanto aplicables como referentes, para terminar con la caótica situación que suponía la existencia de múltiples, a veces contradictorios, ordenamientos en vigor. Ni el Ordenamiento Real, ni las Leyes de Toro habían podido concluir el proyecto isabelino de sistematizar y, en lo posible, unificar los ordenamientos castellanos. Haría falta casi un siglo para que se volviese a intentar tamaña empresa. Fundamentándose en el Fuero Real, en el Ordenamiento de Alcalá, en las Ordenanzas Reales de Castilla, en las Leyes de Toro y en otras más recientes, se puso en vigor en 1567 la Nueva Recopilación de las Leyes de España, sancionadas por Felipe II. Esta Recopilación trató de excluir las normas precedentes que se oponían al centralismo político-administrativo de los Austrias, reforzando el principio absolutista monárquico, a la vez que pretendió una innovación sustancial de la estructura del *corpus iuris* hispánico. Sin embargo, y pese a su considerable volumen —se componía de doce libros que, subdivididos en títulos, integraban más de cuatro mil leyes—,

no resolvió de manera satisfactoria el estado de cosas creado. Su publicación no acabó con la necesidad de seguir consultando otras

fuentes anteriores del derecho castellano. Por otra parte, el Consejo de Castilla siguió aumentando el caudal legislativo por medio de Autos Acordados, resoluciones que, con la aprobación del rey no sólo eran aplicables al caso concreto que las había motivado, sino que alcanzaron vigencia de carácter general [13].

Fuentes de adopción

Entendemos por ellas las costumbres que se adoptan de las culturas implantadas en Indias, con anterioridad al descubrimiento y vigentes durante la fase de colonización que, pese a ciertas y amargas verdades de la leyenda negra, pervivieron en el seno de la sociedad indiana, impregnando la forma y el contenido de numerosos principios, instituciones y procedimientos jurídicos.

La vía consuetudinaria será una de las formas más usuales de concreción material del derecho privado indiano, lo que no excluye el recurso a la legislación metropolitana para determinar, formalmente al menos, las instituciones y regulaciones de carácter público. Así, como dice Bravo Lira,

> conforme al derecho común se distinguen en el derecho indiano tres tipos de costumbre según su relación con la legislación. [...] *secundum legem* —conforme a la ley—, a la cual pertenecen, por ejemplo, las formalidades para tomar posesión de la tierra concedida por una merced. [...] *praeter legem* —fuera de la ley—, que la complementa, como son todas las que se refieren al cabildo, su competencia, sus actas, sus acuerdos. [...] *contra legem* —contraria a la ley—, que prima sobre ella siempre que sea positiva —es decir, consista en actos, y no en el simple incumplimiento de la ley—, posterior a la ley y tenga cierta duración que varía según se trate de leyes civiles o canónicas [14].

[13] Véase al respecto J. M. Ots y Capdequi, *Historia del derecho..., op. cit.*, p. 47. Es cierto que, pese a ser obra de renombrados juristas de la época, la recopilación carece de método. Por esta razón, para llenar vacíos y dilucidar cuestiones equívocas, se acudió con frecuencia a los Autos Acordados. De tal forma que, en tiempos de Felipe V, a finales del siglo XVII, fue necesario acompañarla de un tomo donde se recopilaban los Autos, también conocidos como resoluciones del consejo.

[14] *Cf.* B. Bravo Lira, «El derecho indiano y sus raíces europeas: Derecho común y

La *consuetudo* indiana, sin embargo, no admite una explicación lineal. No se trata de analizar la permanencia de costumbres singulares, sino de valorar el resultado, la síntesis, de la confluencia de prácticas, principios y formas de actuar sumamente diferenciadas. Las muy distintas costumbres de los indios, al entrar en relación —y en una relación primaria de dependencia— con las costumbres «importadas» por los colonizadores, irán determinando que se consoliden prácticas eclécticas, susceptibles a su vez de formular nuevas costumbres. El enorme peso de los precedentes castellanos originarios sobre la organización colonial, por una parte, y por otra la creciente influencia social de los colonizadores —merced a la ausencia de prejuicios sobre el mestizaje y a la crisis demográfica de los aborígenes— daba a la metrópoli una capacidad de dominio que bien pudiera haber conducido a la supresión de cualquier elemento diferencial que resultase mínimamente molesto para los fines coloniales. Al ser éstos resultado de un proyecto imperial, tanto temporal como espiritual, no vieron en las costumbres de los indígenas, considerados vasallos *ab origine,* impedimentos extraordinarios que no pudiesen resultar acogidos en los correspondientes ordenamientos.

Naturalmente, no se trató de una incorporación simple, incondicionada. Los monarcas españoles decretaron se respetase la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes sometidos en tanto no estuviesen en contradicción con los intereses del Estado. Se trataba, pues, de incorporar los principios organizativos, dogmáticos e institucionales de las sociedades de Indias susceptibles de compatibilidad moral y política —y, claro está, comercial— con el proyecto imperial español. Como puede suponerse, me refiero exclusivamente a las costumbres de los indios sometidos, que por esta razón disfrutaban de la condición de súbditos de la Corona y, eventualmente pudieron obtener especiales consideraciones [15].

propio de castilla», en *Anuario de Historia del Derecho Español,* t. LVIII, Madrid, 1988, p. 30.

[15] Los cedularios indianos recogen una buena cantidad de resoluciones reales en este sentido. Interesante resulta la Real Cédula dada en Valladolid por Felipe II el 6 de agosto de 1555, ratificando las pretensiones de ciertos caciques mexicanos a propósito de la aprobación de las leyes y buenas costumbres que ellos seguían para su buen regimiento. Dice la cédula: «E yo, acatando lo susodicho e por vos hacer merced, helo habido

Fuentes de proyección

Con ellas quiero referirme a los conjuntos de normas que se dictan a propósito de la regulación específica de los asuntos indianos. Por su carácter, pueden diferenciarse estas fuentes en extraordinarias y ordinarias. Las primeras son expresión del derecho prerrogativo posfeudal e implican una regulación de privilegios subjetivos, que puede, o no, ser susceptible de transmisión patrimonial. Las segundas permiten apreciar el desarrollo de un determinado derecho normativo que se dedica a la articulación de funciones y a determinar el ejercicio de competencias. Son, pues, regulaciones objetivas creadas por el Estado para una parte concreta de su territorio, donde se aplicarán con preferencia al derecho castellano, que tendrán carácter supletorio [16].

Fuentes de proyección de carácter extraordinario

Por lo que se refiere a las fuentes de proyección de carácter extraordinario, cabe considerar: a) capitulaciones; b) cédulas, y c) merce-

por bien: por ende, por la presente aprobamos y tenemos por buenas vuestras leyes y buenas costumbres, que antiguamente entre vosotros habéis tenido y tenéis para vuestro buen regimiento y policía, y las que habéis hecho y ordenado de nuevo todos vosotros juntos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor y vuestro, y a vuestra conservación y policía cristiana, no perjudicando a lo que vosotros tenéis hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros que fueren justos y buenos».

En sentido similar, está la Real Cédula sobre la forma del pago de tributos, dada por los Reyes Católicos en Granada el 16 de septiembre de 1501, y que se reafirmará por la correspondiente de Carlos V, expedida en Madrid el 12 de julio de 1530. Posteriormente, tanto las ordenanzas del virrey Toledo, 1572-1577, como otras disposiciones, que mantuvieron su vigencia incluyéndoselas en la Recopilación de 1680, contribuyeron a la integración de las costumbres de los indios en la estructura normativa general indiana.

[16] La clasificación es, como todas y en cierto grado, arbitraria. Podría introducirse una nueva variable que atendiese en ambos casos al carácter civil o eclesiástico de las fuentes, pero creo que esto nos llevaría demasiado lejos y, para mis propósitos, no resultaría relevante. De todas formas no hay con ello menoscabo de la importancia de la Iglesia en Indias; simplemente limito la amplitud del tema al sistema de relaciones civiles, de por sí extremadamente complejo. Sobre lo relativo al derecho eclesiástico indiano, fundamentalmente el público, he realizado alguna referencia bibliográfica anteriormente y no faltarán con posterioridad.

des. Si la primera tiene carácter primordialmente público, las dos siguientes se refieren más a prerrogativas de carácter privado, si bien en el caso de las cédulas habrá de atenderse a su objeto y contenido antes de decidir sobre su carácter, dada su gran variedad y fines.

> Todas las tentativas de descubrimiento y conquista de algún territorio en Indias —incluyendo la del propio Cristóbal Colón—, o de fundación de alguna población nueva en territorio ya conquistado, tuvieron por punto de partida, jurídicamente, un contrato entre un particular o un grupo de particulares y la Corona [17].

En efecto, estos asientos o capitulaciones, que normalmente implicaban un corte de cuentas —había que dar cuenta a la Corona, como titular originario de todos los derechos sobre Indias, de los resultados de la empresa pactada y hacer efectivos los derechos de la Corona—, son el origen del derecho específicamente indiano, por cuanto no sólo otorgan ciertos privilegios a una persona física determinada, sino que, además, perfilan un sistema de órganos y funciones públicas en las que residirá el ejercicio y la representación de los poderes de la Corona, transfiriendo por delegación la jurisdicción necesaria. Todo ello sin menoscabo alguno de la soberanía real —patrimonial— sobre Indias, de tal forma que ningún sujeto podía culminar descubrimiento o población alguna sin obtener la aprobación de la Corona. Ya fuese sobre un proyecto determinado o sobre un hecho consumado, el asiento era la única fuente capaz de otorgar derechos y atribuir competencias jurídicamente fundamentadas.

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que las empresas americanas se acometían por cuenta propia; es decir, la Corona se limitaba a expedir una autorización nominal a favor del descubridor para que éste, a sus expensas y por los medios que pudiese allegar, diese fin a su tarea y cumpliera los términos de lo pactado. De esta forma se trataba de solucionar dos problemas, la financiación de la aventura colonial, por una parte, y, por otra, la gestión de los asuntos públicos ultramarinos. Así confiados a una peculiar iniciativa privada, la fundación de los imperios coloniales sirvióse de medios feudales de dominación.

[17] Véase J. M. Ots y Capdequi, *Estudios de Historia del derecho español en las Indias*, Minerva, Bogotá, 1940, pp. 17 y ss.

A quienes por su cuenta y riesgo se comprometían en expediciones militares, evangelizadoras, comerciales..., la Corona transfería junto con los derechos de propiedad sobre grandes fundos rústicos, importantes funciones de poder político que implicaban el disfrute de cargos y dignidades vitalicias, que en algunos casos se convirtieron en hereditarias por un número de vidas determinado, junto con amplia jurisdicción en lo civil y penal. Empero, la tendencia creciente a la organización de un sistema autoritario centralizado en la metrópoli, basado en la concentración del poder en la Corona, limitó notablemente las tentativas de reproducir formas de desarrollo feudales en Indias. Así, el Estado centralizado en instituciones naturalmente dependientes de la Corona, pero dotadas de ámbitos competenciales específicos y autónomos, creó un sistema burocrático absolutista desconcentrado que se reprodujo a nivel local —virreinal— en ultramar, originando la aparición de órganos, funciones y procedimientos específicos.

Sea como fuere, las capitulaciones se mantienen en la base misma de esta estructura, máxime si consideramos que, a partir de 1526, en ellas se incluyen siempre instrucciones de gobierno, referidas a la regulación del ejercicio de las funciones públicas que se delegan en el descubridor. En este sentido, cabe citar como precedentes las instrucciones dadas el 29 de mayo de 1493 por los Reyes Católicos a Colón para su segundo viaje, que contemplan elementos esenciales para el derecho indiano: navegación y tráfico; régimen militar, contratos y paso de españoles; evangelización y buen trato de los indios; nombramientos de alcaldes y alguaciles y conocimiento de apelaciones, funciones y encargos —más bien mandatos—, que se realizaban en nombre de la Corona [18].

[18] El sistema de capitulaciones difiere notablemente del aplicado en el Imperio brasileño de Portugal mediante las *doações*. En efecto, Juan III decidió, a partir de 1534, aplicar a sus posesiones ultramarinas el sistema feudal de donaciones de tierras, que tan buenos resultados había dado en las islas del Atlántico, a la vista de la ineficacia del sistema de factorías en lo relativo a la defensa y expansión colonial. Una muy personal interpretación del Tratado de Tordesillas, unido a la imprecisa cartografía de la época, permitió la división de Brasil en numerosas capitanías, sin límite determinado hacia su interior, otorgadas mediante *cartas de donaçao* a integrantes de la baja nobleza que se comprometieron a colonizarlas por sus propios medios. Estas capitanías se convertían en posesiones de carácter hereditario, *pro indiviso*, y no eran susceptibles de transmisión en feudo a terceros por sus titulares. Junto con la posesión de la tierra, la Corona portugue-

Con afán de sistematizar un poco esta cuestión y siguiendo a Ots y Capdequi, podemos encontrar ocho tipos de privilegios que pueden aparecer en las distintas capitulaciones; así, en función de su objeto fundamental, tenemos:

1. La concesión de oficios públicos, que puede incluir jurisdiccionalidad material o sólo honorífica, formulan el principio de la adquisición de la propiedad privada sobre ciertos cargos públicos, en virtud de capitulación con la Corona. En ella se determinaba su carácter vitalicio o hereditario, perpetuo o por determinadas vidas. Este principio es de suma importancia para comprender el modo de gestionar los asuntos públicos en Indias, que, en virtud de un derecho de propiedad privada sobre ellos, sufrieron de considerable nepotismo y simonía.

2. La tenencia de fortalezas, en número variable, es una concesión frecuente en numerosas capitulaciones; construidas y guardadas a expensas del descubridor, que normalmente las sustentaba con las rentas de lo descubierto, el privilegio de tal concesión podía durar desde lo que fuese voluntad del monarca hasta la perpetuidad y comportaba el disfrute de una estimable remuneración.

3. Los repartimientos de tierras suponían que el titular por descubrimiento y concesión de la Corona estaba capacitado para distribuir a su albedrío solares y parcelas, exigiéndose por lo general la residencia del beneficiado en las tierras así repartidas para que pudiese acceder a su propiedad. Las capitulaciones normalmente exigían que estos repartimientos no se hicieran en perjuicio de los indios y no otorgaban jurisdicción alguna sobre sus habitantes, ni derechos sobre las minas por descubrir.

4. La propiedad y el beneficio de las minas, por lo habitual, se concedía el libre aprovechamiento de las que se descubriesen, reserván-

sa transfería importantes atribuciones políticas y jurisdiccionales, incluyendo la inmunidad del donatario, que sólo era responsable ante el rey por su especial vinculación de vasallaje, frente a los jueces reales ordinarios. Tampoco este sistema dio los resultados apetecidos, de tal forma que en 1549 la Corona reclamó para sí los derechos públicos de los donatarios, que pasaron a ser ejercidos por funcionarios reales. Pueden ampliarse estas cuestiones mediante el estudio de A. Marchant, «Feudal and Capitalistic Elements in the Portuguese Settlement of Brazil», en *Hispanic American Historical Review*, vol. 22, 1942, pp. 493 y ss.

dose la Corona su propiedad y el derecho a percibir una parte determinada de los beneficios. Los términos en los que se accedía a este privilegio varían en las numerosas y diferentes capitulaciones, pudiendo existir un plazo de libre disfrute del descubridor, exento de tributo, pero, por lo general, estaba éste obligado a satisfacer a la Corona un porcentaje variable de las rentas de la explotación, que oscilaban entre el cincuenta y el diez por ciento, siendo lo más frecuente el quinto de lo obtenido.

5. Los rescates suponían el privilegio extraordinario de autorizar al descubridor, por un período reducido —normalmente dos años— para que monopolizase a su favor el rescate de los indios insumisos que hubiese capturado, lo que no le eximía de pagar a la Corona el quinto de lo que obtuviese por esta razón. Iguales términos, por lo general, se aplicaban al saqueo de ciudades hostiles y botines de batalla, tanto respecto de las personas como de las cosas.

6. Los hallazgos de tesoros, presas y cavalgadas eran también, en su caso, cláusula asentada en la respectiva capitulación. Así, correspondería al rey «la mitad sin desquento de cosa alguna, quedando la otra mitad para la persona que así lo hallare y descubriere». Esto en lo relativo a los tesoros, por lo demás,

> ...si por caso a la ida o a la vuelta... hiciéredes alguna presa o cavalgada, por mar o por tierra, sacando el quinto para Nos, lo demás restante se haga tres partes y una la hayáis vos el dicho Capitán y la gente de la dicha carabela y las otras dos queden para Nos y para los armadores della.

7. Las concesiones de rentas y derechos también son privilegios que aparecen en numerosas capitulaciones; sobre todo en las relativas a nuevo descubrimiento y población es normal que se conceda la merced de aprovecharse el conquistador de una parte de las rentas y derechos pertenecientes a la Corona. El ejemplo más claro sería el de la concesión de una renta fija, con cargo a los beneficios que la Corona obtuviese de los nuevos territorios descubiertos, concesión que podía realizarse con carácter restringido, vitalicio o hereditario.

8. Excepcionalmente y como privilegio especial, la merced de poder cultivar y aprovechar especiería, por determinadas vidas y satisfaciendo únicamente el quinto real, así como la posesión y explotación de pesquerías de perlas.

Las cédulas, entendidas en sentido amplio y en lo que significaron durante la fase de conquista y asentamiento, tienen muy diversas acepciones, ya que sirvieron para denominar múltiples decisiones legales con distintos objetos. Simplificando el tema, tendríamos: cédulas reales, cédulas del Consejo de Indias y cédulas Virreinales, que indican con claridad la autoridad suprema de la que emanan. Constituían los despachos ordinarios que emplean estas instituciones para dirigirse a otras autoridades o particulares, regulando asuntos de gobierno o de justicia singulares; pero sea cual fuere la autoridad que intervenga en su redacción, su libramiento y sanción corresponde al rey, quien en definitiva asegura o manda su contenido. Habría que analizar con mucho detenimiento el contenido de estas disposiciones para pronunciarse sobre su carácter específico, es decir sobre si tratan por lo general de asuntos extraordinarios —subjetivizados—, o bien contienen especificaciones objetivas de carácter ordinario. A mi juicio, no cabe una caracterización general atendiendo a la forma que adoptan y a la autoridad de la que emanan, y creo más adecuado atenerse para ello a los objetivos específicos que determinan, pudiendo observarse, entonces, qué funciones entrañan, qué garantías ofrecen, las jurisdicciones y los poderes públicos que conceden y, por consiguiente, a qué ámbito afectan.

En cuanto a las mercedes de antigua tradición castellana en lo relativo a la concesión de recompensas, fueron usadas por la Corona como vía administrativa para satisfacer demandas privadas de los conquistadores y para premiar los servicios relevantes que hubiesen prestado. Si en un principio este procedimiento fue usado con gran prudencia por los Reyes Católicos, posteriormente, las tendencias regalistas usaron de la merced hasta tal punto que de acto extraordinario y gracioso de la Corona pasó a tener una naturaleza contractual o de donación remuneradora de los servicios prestados por los vasallos castellanos en Indias. Por medio de este sistema, el Estado español fue otorgando a aquellos que, asentados en ultramar, alcanzaron méritos suficientes o alegaron razones fundadas, los diferentes bienes estables que significan la concesión de señoríos, encomiendas, repartos de solares, donación de tierras de labor, acceso a oficios públicos, corregimientos..., cumpliendo la Corona, de este modo, la

deuda económica y jurídica que había contraído con los conquistadores y pobladores de Indias en virtud del sistema de ocupación adoptado.

Bien es cierto que la trascendencia económica y social de estos procedimientos, tanto en lo que se refiere a la vertiente del derecho de propiedad y su transmisión, como en lo que toca al derecho público, y atañe a la obtención y disfrute de cargos público-administrativos, supera con mucho las intenciones originales de la Corona, configurando costumbres simoníacas al amparo de una titularidad excepcional en la posesión de las cosas y en el disfrute de los empleos de servicio, temas a los que me referiré posteriormente.

Capitulaciones, cédulas y mercedes, en su consideración jurídico-formal, integran las fuentes de proyección de carácter extraordinario del derecho indiano, consideración que se enriquece notablemente si las consideramos también por el alcance material, político, que tienen. Quizás estas prácticas constituyan el germen de actitudes que sostienen el deber del Estado de acceder, mediante recompensa pública, a las demandas que se inician como gracia y merced, para convertirse en obligaciones contractuales cuyo cumplimiento se exige. El regalismo posfeudal puede evolucionar hacia formas de relación política que se fundan sobre el patronazgo y la disposición de funciones públicas como patrimonio, haciéndolas susceptibles de adjudicación como recompensa a fidelidades de grupo.

· *Fuentes de proyección de carácter ordinario*

Las fuentes de proyección de carácter ordinario, ampliando lo que antes decía, se refieren a aquellas disposiciones emanadas del poder central que contenían normas encaminadas a la regulación general, objetiva y específica, de los asuntos indianos.

Debemos considerar, sin embargo, que la actividad jurídico-normativa de las instituciones castellanas en lo que respecta a la formación del derecho en ultramar, se manifestó esencialmente en forma de disposiciones y actos con fuerza de ley, lo que nos induce a reservar las resoluciones judiciales para caracterizar las decisiones adoptadas por las propias audiencias indianas. En este último sentido, la labor jurisdiccional del Consejo de Indias, como veremos, se refería más a la

adaptación de las formas de gobierno, instituciones y costumbres castellanas a América que a la legislación colonial.

Como dice García Gallo,

> en el sistema jurídico de la época, puesto que las Indias formaban parte de la Corona de Castilla, las leyes de ésta regían en aquélla como generales o comunes con las de este reino peninsular. Las dictadas expresamente para el Nuevo Mundo, excepto las que regulaban situaciones que se daban exclusivamente en éste, presuponían la vigencia de las castellanas; de tal forma que, si se examinan sólo aquéllas, se observará que no suponen un ordenamiento completo. Frente a las de Castilla, las de Indias eran leyes particulares o especiales —ya fuesen generales para las Indias o particulares de una provincia—, pues, en cualquiera de los casos, su vigencia se limitaba a un territorio más o menos amplio de la monarquía castellana. Ahora bien, en cuanto derecho especial, el de Indias prevalecía en éstas, en caso de disparidad, sobre el derecho común o general, según admitían unánimemente los juristas de la época en casos análogos [19].

O lo que, en resumen, viene a significar lo mismo: 1.° las leyes castellanas estaban en vigor en América excepto cuando se hubiesen dictado especiales regulaciones para ultramar, y 2.° las leyes indianas prevalecían sobre las castellanas, que en aquellos territorios sólo se apreciaban como normas complementarias, a menos que una ley general del reino estableciese de forma expresa la no validez de las disposiciones contradictorias con las dictadas sobre materia análoga para otras provincias [20].

Sistematizar de manera coherente estas disposiciones de carácter ordinario no es tarea fácil; en todo caso, requiere algunas disposiciones conceptuales para justificar los criterios que utilizo en su clasificación. En efecto,

[19] *Cf.* A. García-Gallo, «La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI», en *Estudios de historia del derecho indiano*, *op. cit.*, pp. 173 y, en general, 174 y ss.

[20] Sobre este difícil equilibrio de precedencias y la resolución de los problemas derivados de los conflictos entre normas, véase R. Altamira, «Penetración del derecho castellano en la legislación indiana», en *Revista de historia de América*, n.os 23 y 24, 1947, y 25, México, 1948.

> las disposiciones emanadas del poder central eran de naturaleza dispar y estaban ordenadas jerárquicamente. En rigor y originariamente, sólo era una ley la acordada en las Cortes y promulgada luego por el rey. En las Cortes castellanas se trataron también asuntos de las provincias americanas, pero, al producirse la decadencia general de las representaciones estamentales, las Cortes de Castilla no pudieron desempeñar un papel de ninguna importancia en lo referente a la legislación de Indias. De Juan II en adelante, los reyes castellanos dictaron leyes generales sin el concurso de las Cortes y las dieron a conocer como pragmáticas sanciones, que expresamente tenían la misma validez jurídica que las aprobadas en las Cortes y que incluso podían derogar a estas últimas. Leyes y pragmáticas pasaron a ser equivalentes [21].

La generalidad de la doctrina, Gallo, Altamira, Levene, Konetzke, muestra un notable acuerdo sobre lo genérico e impreciso de las designaciones por medio de las cuales se han pretendido caracterizar las resoluciones de los poderes públicos en relación con las fuentes legales ordinarias de las regulaciones jurídicas indianas, lo que obliga, siguiendo los trabajos de García Gallo, al diseño de una clasificación lógica para no limitar su exposición a enumerarlas simplemente.

La primera precisión que conviene hacer se refiere al concepto mismo de ley. Por ella, en tanto que designación genérica, se entendía toda clase de disposiciones, fuesen o no leyes en sentido estricto. Sí cabe matizar que las leyes contenían expresiones amplias y comprensivas, mientras que las demás disposiciones, que restringían su aplicación y validez a sujetos concretos y objetos determinados, se denominaban con un título específico. Se trataría ahora de concretar cuál es el lugar que ocupan en la estructura normativa tanto las leyes como las pragmáticas, las provisiones, las cédulas, las ordenanzas, las instrucciones, las cartas reales y las declaraciones.

Si se actúa con un criterio estricto y técnico, es obligado distinguir entre las leyes y las disposiciones de ley y de gobernación. Las primeras comprenden las leyes en sí y las pragmáticas, pero sin olvidarnos de las generales para las Indias, figura intermedia entre las dos

[21] *Cf.* R. Konetzke, *América Latina, la época colonial, op. cit.*, p. 110.

citadas, a las que se equiparaban por su ámbito y vigencia; las segundas abarcarían, con ciertos matices, el resto de las figuras señaladas.

De forma restrictiva, también cabría diferenciar el conjunto de las normas, a) por su carácter sustancial y, b) por el grado de vigor que poseen (la fuerza material y la intensidad espacio-temporal que alcanzan). Su distinción en función de la autoridad de la que emanan sería ociosa, ya que leyes y pragmáticas, así como las numerosas disposiciones de gobernación, eran emitidas por o en nombre del rey, de tal suerte que, formalmente al menos, todas emanaban del mismo órgano.

Si nos atenemos a su carácter sustancial, hablaríamos de normas objetivas y de normas subjetivas. Las primeras establecen disposiciones, ya sean de carácter general o específico, que atienden al interés público en su ámbito de aplicación. Por su parte, las normas subjetivas, se caracterizan por que sólo consideran y se dirigen a la regulación de supuestos particulares que puedan afectar a las personas o a las instituciones receptoras. Objetiva sería, pues, la naturaleza de leyes, pragmáticas y generales para Indias, cupiendo a las disposiciones de gobernación —disposiciones de ley y gobierno— la consideración de subjetivas.

Si nos referimos al vigor que poseen —la fuerza/intensidad que alcanzan—, podríamos apreciar que éste es inversamente proporcional a su carácter sustancial: cuanto más generales —objetivas— sean las regulaciones, menos fuerza e intensidad tendrán en Indias, menos vigor poseerán. Lo contrario se verifica respecto de las regulaciones de naturaleza subjetiva.

En efecto, las leyes, sancionadas por el rey y promulgadas por las Cortes, tenían carácter de norma positiva con validez general para todo el reino y sólo podían ser derogadas por otra norma de igual rango; las pragmáticas, sin embargo, eran producto de decisiones directas de la Corona, expresando su voluntad inmediata y realizadas sin el concurso de las Cortes, empero, poseían la misma fuerza y vigor que las leyes, pudiendo, incluso, llegar a derogarlas. Estas normas, como puede apreciarse sin dificultad, sólo se diferencian en la forma en que adquieren pleno vigor, es decir, por la naturaleza del órgano encargado de sancionar su validez: unas exigen la coincidencia de una doble voluntad —rey y Cortes—, las otras se perfeccionan mediante una resolución unilateral de la Corona. Sea como fuere, ambas se dictaron para utilidad pública, proveyendo medidas de gobierno y mandando se ejecutasen, poseían carácter extraordinario y genérico y fueron, junto con las disposiciones

de gobernación, elaboradas por el Consejo de Indias, cuando se referían a asuntos ultramarinos.

En esta línea, podemos establecer una nueva distinción entre el cúmulo de disposiciones legales encaminadas a regular los asuntos indianos. En orden a su eficacia —léase importancia, valor, trascendencias...— e intensidad, cabe afirmar, como ya indiqué, el mayor vigor de disposiciones y generales que el de las leyes y pragmáticas. Podríamos apreciar este matiz si introducimos los conceptos de disposiciones de orientación y procura, frente al de disposiciones de mandato [22].

En el ámbito de las primeras, entran sin duda leyes y pragmáticas, así como las generales para las Indias, por referirse estas últimas a preceptos administrativos que debían ser de general cumplimiento y cuya observancia se exigía de todas las autoridades indianas. Las dos primeras no tuvieron especial trascendencia en la formación del derecho indiano, ya sea por su reducida producción, como por su orientación, excesivamente general. Las segundas varían de intensidad con demasiada frecuencia, debiendo entonces atender a su objeto y a sus especificaciones concretas para apreciar su auténtico vigor.

Las disposiciones de gobernación, por el contrario, siendo la forma ordinaria que adoptó la legislación indiana originada en la metrópoli, se incluye, con muy pocas excepciones, entre las disposiciones de mandato. En efecto, tengamos en cuenta que la figura de la Real Provisión deviene de la transformación específica de las pragmáticas, cuando éstas se referían exclusivamente a temas indianos; se traducen, así, como leyes generales, expresamente equiparadas a las promulgadas por las Cortes.

Las disposiciones, en tanto que emanaban del poder real, tenían todas igual vigor y autoridad, sólo variaban de intensidad y fuerza en

[22] Entiendo por disposiciones de orientación y de procura aquellas determinaciones de la voluntad real que, por lo inespecífico de su finalidad, sólo podían contener instrucciones más o menos generales y estímulos de carácter moral o ético fomentando el buen gobierno y administración de las Indias en función de los intereses generales de la monarquía católica en general y de las propias provincias y sus habitantes, en particular. Loable empresa de difícil concreción jurídica y problemática realización.

Las disposiciones de mandato, sea cual fuere la forma que adopten, expresaban órdenes específicas, personalizadas con gran frecuencia, con las que la Corona pretendía se resolviese un conflicto, o se aclarase una situación determinada. Creaban una obligación política en el agente público, o en la institución receptora, a la vez que le transferían la responsabilidad de su ejecución.

función del grado de obligación jurídica que la Corona exigiese de su cumplimiento. Así, cabe distinguir aquellas que resultaban de un mandato imperativo del rey a propósito del cumplimiento de una cuestión específica, de las permisivas, que autorizaban determinados actos y, también de las instrucciones a autoridades, dadas mediante despachos reales, para que éstas reglamentasen sus procedimientos y conductas. No resultaba extraño que en un mismo acto y sobre persona o institución determinada recayesen distintas disposiciones. Tampoco escapan a la ambigüedad dispositiva de la época estas resoluciones.

Vamos a ver, concretando ya para concluir este capítulo, la caracterización de las distintas disposiciones de ley y de gobernación, usando de la prelación jerárquica para enumerarlas y de su carácter de orientación/procura *versus* mandato para determinar su naturaleza formal y su vigor material.

a) Provisiones: Si atendemos a los criterios anteriores, podemos estimar las provisiones como normas de gobernación de carácter extraordinario —equiparables a leyes, aunque no lo eran en sentido estricto—, en cuya redacción coincidía la doble voluntad de la Corona y del órgano consultivo/legislativo *ad hoc*. El ejemplo más claro de estas disposiciones, sumamente raras, se encuentra en las llamadas Leyes Nuevas, promulgadas por sendas Reales Provisiones de 20 de noviembre de 1542 y 4 de junio de 1543 [23].

b) Cédulas, ordenanzas e instrucciones: La forma ordinaria que adoptaban las disposiciones legales para ultramar eran las de reales cédulas, que generalmente incorporaban la consulta sobre el particular del Consejo de Indias. Estas resoluciones se transforman en reales ór-

[23] Las Leyes Nuevas, pese a su adversa fortuna y escasa trascendencia práctica, constituyen una de las fuentes básicas del ordenamiento indiano. Decretadas como real provisión por el emperador en 1542 y ratificadas, ampliando el ámbito de su aplicación, un año más tarde, integraban un conjunto de cuarenta disposiciones que regulaban las estructuras gubernamentales, administrativas y judiciales, precisando, así mismo, los derechos y el tratamiento debidos a los indios. Se positivan, así, importantes figuras jurídicas, como son las del Consejo de Indias, las audiencias americanas, el estatuto legal de los indios y el régimen de descubrimientos. Su aplicación, sin embargo, tuvo serias dificultades. En Guatemala se aplicaron sin problemas; en Nueva España se limitó su eficacia con la fórmula «acatadas pero no cumplidas» y en Perú provocó la insurrección de los españoles.

denes a partir del siglo XVIII, cuando la Corona se pronuncia generalmente por intermedio de los secretarios de estado y de despacho, y sólo en casos extraordinarios se requerían dictámenes al Consejo de Indias.

Se denominaban ordenanzas las codificaciones o reglamentaciones de carácter particular, restringidas a cuestiones específicas, como fueron las relativas al trato de los indios —Leyes de Burgos de 1512 y de Valladolid de 1513—, las Ordenanzas de la Casa de Contratación, de 1552; las del Consejo, 1571; las de Descubrimiento y Población, 1573; las de Patronazgo, 1574... [24]. Por su parte, las instrucciones expresaban las directrices e instrucciones de servicio que para el desempeño de sus cargos se impartía a los altos funcionarios de la administración indiana. Estas tres figuras, que sólo pueden diferenciarse claramente, primero por la denominación que den en adoptar y posteriormente, si se desea un mayor nivel de abstracción, por la casuística que contengan, se entienden como mandatos reales, de naturaleza distinta a las leyes, pero que poseen plena validez y vigor en cuanto que preceptos/resoluciones administrativos, de carácter particular y subjetivo, mediante los cuales se ordenan y regulan las actividades de los agentes públicos indianos asegurando tanto la adecuación de las normas generales del reino a las especificidades coloniales como la continuidad de la gestión administrativa.

[24] Entre la multitud de disposiciones de esta índole, y por su carácter de fuente de proyección ordinaria, merece la pena destacar las Leyes de Burgos de 1512 y las de Valladolid de 1513. Ambos conjuntos normativos tienen su origen en la preocupación del Rey Católico por el trato que recibían los naturales de las tierras descubiertas y conquistadas, poniendo de relieve un punto central del derecho indiano: la condición jurídica de los indígenas. Promulgadas por doña Juana en Burgos y revisadas un año después mediante la declaración de Valladolid, constituyen un claro ejemplo de la ineficacia del determinismo centralista. Con ellas no sólo se originan las reducciones y el régimen de encomiendas, sino también las falsas concepciones sobre la naturaleza y conducta de los indios. Idealizados éstos, se trató de moldearlos mediante patrones de conducta y formas de organización típicamente castellanas, pensando que se habituarían «a vivir como labradores cristianos de estos Reinos», lo que resultó un notable fracaso.

Quien se interese por estas cuestiones, que obviamente superan la descripción de las fuentes del derecho indiano, e incluso por sus derivaciones hacia los conflictos planteados por Bartolomé de Las Casas a propósito del proyecto colonial español, que se expresa con más claridad en las leyes nuevas, puede encontrar un interesante material en L. Hanke, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, University of Pennsylvania Press, 1948. Ed. española de Aguilar, Madrid, 1959.

c) Cartas reales y declaraciones: Estas figuras, no por aparecer en último lugar las menos importantes, poseen la misma fuerza y vigor de las instrucciones, diferenciándose por su forma y contenido. En efecto, por lo general dirigidas a un sujeto concreto, no se referían a un solo asunto, sino a un número indeterminado de cuestiones, más o menos homogéneas. Las cartas reales, aun considerando la tremenda imprecisión de la terminología administrativa del siglo XVI, no tienen una naturaleza distinta de las cédulas, en tanto emanan directamente del mismo órgano y expresan igual voluntad, y sólo cambian la forma en que se manifiestan. Las declaraciones, en sentido estricto, supondrían una aclaración o interpretación concreta del sentido general de cierta norma que se somete al real criterio. Tenían estos instrumentos la capacidad no sólo de poner fin a situaciones de confusión legal sino también la de modificar materialmente la norma controvertida por mor de la interpretación que sufriera. En general, estas dos figuras tienden a proveer medidas concretas y a inducir su cumplimiento. Poseen plena vigencia desde que son dictadas y vigor extensivo, ya que su eficacia no se limita directa e inmediatamente a la autoridad destinataria o al asunto que declara resuelto, sino que indirectamente se proyecta a todos los supuestos análogos, agentes e instituciones públicas de Indias.

LA POSITIVACIÓN MATERIAL DEL ORDEN JURÍDICO: EL DERECHO INDIANO

Desde una óptica sumamente amplia, algunos autores han dado en denominar derecho indiano a todo el conjunto de disposiciones jurídico-políticas que rigieron en la América española desde la época de los descubrimientos hasta la de la codificación, lo que supondría un período que va desde finales del siglo XV, a mediados del XIX [25]. A mi juicio, y sin pretender polemizar, es preciso ser mucho más restrictivo.

Ya hemos visto en el punto anterior de este capítulo los orígenes y las fuentes del derecho indiano, ahora bien, ¿qué entenderemos por éste en sentido estricto? Creo sinceramente que sólo puede denomi-

[25] En esta línea, *Cf.* B. Bravo Lira, *El derecho indiano y sus raíces europeas...*, *op. cit.*, p. 5.

narse derecho indiano en sentido propio al conjunto de normas, actos y disposiciones dados en Indias por sus propias autoridades, en ejercicio de sus competencias, atribuidas o desarrolladas, y con la finalidad de resolver problemas específicos derivados del propio devenir de las provincias ultramarinas. Esta idea permite concretar notablemente el campo de análisis, a la vez que da una dimensión específica al fenómeno de las regulaciones expresamente indianas.

Partiendo de la noción de derecho indiano como aquel que es creado por las propias colonias, podemos apreciar cómo se construye basándose en tres pilares: 1) las compilaciones y cedularios indianos, 2) la labor de las audiencias y 3) las recopilaciones generales.

1. *Compilaciones y cedularios indianos*

Las compilaciones y cedularios indianos suponen un esfuerzo codificador tentativo, debido al impulso de las propias autoridades virreinales, mediante el cual se pretendió dar coherencia a la innumerable colección de normas dispersas que pretendían regular los más variados asuntos de las colonias, estructurándolas de manera asequible e inteligible.

La personalidad y originalidad de estas compilaciones y cedularios no estriba, sin embargo, en su autoría originaria; si exceptuamos las normas de desarrollo de las generales de Indias, y las reglamentaciones derivadas de las exigencias de la realidad indiana, muy importantes en sí mismas, es cierto que se limitan a recopilar las provisiones, cédulas, ordenanzas e instrucciones promulgadas por la Corona de España para el gobierno de sus provincias ultramarinas. Pero con la especialísima circunstancia de naturalizarlas, de hacer público su conocimiento y expresarlas como propias y apropiadas tanto para el funcionamiento regular de sus instituciones, como para asegurar las relaciones interpersonales. En esta línea, y por citar los casos más evidentes, nos referiremos como ejemplo a las Compilaciones Mexicanas, las Compilaciones y Ordenanzas Peruanas, al Código de Ovando y a las Compilaciones de Encinas.

De acuerdo con la cédula de 4 de septiembre de 1560, se instruye al virrey de Nueva España, don Luis de Velasco, en la necesidad de hacer imprimir todas las cédulas y provisiones que obrasen bien en sus registros bien en los de la audiencia, y que a su juicio resultasen ade-

cuados para la regulación de los asuntos públicos y de los negocios privados en el ámbito de su provincia. Esta compilación, encargada al oidor Vasco de Puga, tardó más de dos años en realizarse, y fue publicada en México, en 1563, con el título siguiente: «Provisiones, Cédulas, Instrucciones de S. M., ordenanzas de difuntos y audiencias para la buena expedición de los negocios y administración de justicia y gobernación de esta Nueva España y para el buen tratamiento y conservación de los indios, desde el año 1525 hasta este de 63». La idea central de esta compilación gravitaba sobre la pretensión de adaptar las numerosas disposiciones a la realidad de la vida social de aquellas tierras, dejando sin efecto las disposiciones que, de haberse impuesto, hubieran creado más perturbaciones que beneficios. Así, por ejemplo, se relajó el rigor de las leyes sobre amancebamiento cuando se trataba de naturales; en general, se trató de reunir información significativa sobre las costumbres de éstos en materia de tributos, designación de autoridades y organización de sus comunidades. De esta forma pudo el cedulario de Puga incluir entre sus disposiciones las que permitieron se crease el fundamento del derecho municipal, registrando las ordenanzas, provisiones y cédulas que hacían referencia a la ciudad de México, a cuyo cabildo concedió el rey, en 1558, la facultad de dictar sus propias ordenanzas de gobierno local, sometidas, claro está, a la aprobación del virrey [26].

El ordenamiento peruano se materializa mediante la obra de gobierno del virrey don Francisco de Toledo (1569-1581), quien, a partir de 1572, inicia la serie de sus ordenanzas, entre las que sobresalen las de Minas, 1574, y las de Indios de 1574 y 1575, relativas al estatuto particular de Chacras y Yanaconas. Recopiladas por el virrey marqués de Montesclaros en 1610, las *Ordenanzas del Perú* fueron objeto de dis-

[26] Junto con el Cedulario de Puga, conviene citar otras construcciones jurídicas que contribuyeron a la positivación de conjuntos normativos específicamente indianos y, en cierto sentido, territorialmente diferenciados en el seno de las entidades virreinales. Así, la recopilación de Alonso de Zorita, oidor de México, compuesta hacia 1574 y que no llegó a publicarse; la de Juan Francisco de Montemayor, publicada en México en 1678; también la compilación realizada por Eusebio Ventura Beleña, *Recopilación Sumaria*, México, 1787. A través de todos ellos, se va concretando la especificidad del ámbito jurídico indiano en la forma de un derecho propio, que se introduce por la práctica de sus instituciones, especialmente en aquellos lugares que dispusieron de audiencias o gobernaciones con jurisdicción independiente.

tintas impresiones, aumentándose con las disposiciones efectuadas por los sucesivos virreyes hasta 1752.

Con los proyectos de recopilación anteriores a 1680, podemos terminar de ilustrar esta fase de formación del derecho indiano en lo que se refiere al aspecto jurídico positivo, a la legislación, que, no obstante, será necesario completar con alguna referencia a las elaboraciones de la doctrina.

Los proyectos de Juan de Ovando, visitador del consejo entre 1567 y 1568, encuentran algún precedente tanto en la labor del virrey Toledo, como en las compilaciones iniciadas por Juan López de Velasco en 1562. Ovando consiguió que la Junta Magna de 27 de julio de 1568 aprobase su propuesta para iniciar una recopilación general de las disposiciones que afectaban a Indias, acuerdo que obtuvo la sanción de Felipe II. Nacerá así la *Copulata de Leyes de Indias*, que se estructura como un índice general de todas las leyes dictadas para Indias, incluyendo estractos y sumarios sumamente precisos. Sin embargo, no para ahí la iniciativa de Ovando. Hacia 1570 concluyó parte de un código, inspirado en las Partidas, donde se sistematizaban con bastante acierto las normas de gobernación civil y eclesiástica, repartimientos de tierras e indios, regulaciones urbanas, política comercial y derecho de guerra, así como los procedimientos debidos en cada supuesto. Pese a no haberse concluido —Ovando muere repentinamente en 1575—, y a su carácter fragmentario, el código tuvo el mérito de ser un conjunto normativo organizado y racional, hasta el punto que el título del libro II que se refería al Consejo de Indias fue sancionado y puesto en vigor por Real Cédula de 24 de septiembre de 1571.

Como continuación de estas tareas, ensayos de recopilación, debe citarse la que acomete por encargo del Consejo su oficial mayor de la escribanía de cámara, Diego de Encinas, cuya obra —conocida como Ordenanzas/Cedulario de Encinas—, pese a su escasa trascendencia práctica, contiene una inestimable información y fue una de las fuentes directas de la Recopilación de 1680. La anónima tarea de Encinas consistió en recopilar todas las provisiones, cédulas, capítulos de instrucciones y ordenanzas y cartas promulgadas o emitidas desde los Reyes Católicos hasta 1596. En ese año y de forma bastante oscura, amén de oficiosa, se publicaron en Madrid cuatro tomos de disposiciones de esta índole que, si bien expresaban una clara intención de sistematizar

tan variadas y complejas cuestiones, no dejaban de presentar cierta irregularidad en su composición.

Insatisfecho el Consejo, pasará el encargo a otras personas, sucediéndose los intentos fallidos de configurar coherentemente el derecho indiano en un único cuerpo normativo, hasta la primera Recopilación, promulgada bajo Carlos II [27].

En su *Introducción a la historia del derecho indiano*, Ricardo Levene resalta el papel de la doctrina en la configuración positiva del derecho indiano como entidad singular. En efecto, no parece aventurado, dice,

> establecer que la legislación dictada para América a fines del siglo xvi y hasta realizarse la recopilación al terminar el siglo xvii es obra completa de juristas e historiadores y que las reformas fundamentales del siglo xviii fueron en gran parte aconsejadas por hombres de estado y economistas, en una época en que provocóse el florecimiento de los estudios de derecho patrio.

En este sentido, junto a los proyectos de compilación, destacan sin ninguna duda y por su gran valor doctrinal, los estudios de personas como Juan de Matienzo (*Gobierno del Perú*); Juan de Solórzano (*Política indiana*); Antonio de León Pinelo (*Tratado de las confirmaciones reales*); fray Tomás de Mercado (*Summa de tratos y contratos*); Gaspar de Escalona Agüero (*Tratado de las apelaciones del gobierno del Perú*), entre las consideradas como autoras de valiosas referencias teóricas. Las aportaciones de los juristas indianos no sólo contribuyeron a la concreción del derecho positivo, sino también, y quizá sea la característica más importante de su obra, a expresar la demanda de igualdad material entre los miembros de la comunidad indiana, reclamando la configura-

[27] Tras el intento de Encinas, asume la tarea Diego de Zorrilla, que fuera visitador en Quito. Tampoco agradaron sus trabajos al Consejo, que, en 1616, encargó tal misión a Rodrigo de Aguiar y Acuña, antiguo oidor de aquella audiencia. Coincidiendo con estos trabajos, se produjeron el Lima dos ensayos de importancia: el de Juan de Solórzano y otro de Antonio de León Pinelo. Mención aparte merece el proyecto de Gaspar Escalona y Agüero, de carácter mucho más restrictivo, ya que se refería exclusivamente a las instituciones que regulaban la situación de los indios peruanos. Todas estas tentativas, con mejor o peor fortuna, hicieron posible la primera recopilación de las leyes de los reinos de indias. Véase, al respecto, Ots y Capdequi, *Historia del derecho español en América...*, *op. cit.*, p. 95. Asimismo, Bravo Lira, *El derecho indiano y sus raíces europeas*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

ción de órganos y procedimientos adaptados a las necesidades específicas de cada formación social.

2. *La labor de las audiencias*

Las audiencias indianas, a las que me referiré después con más detalle, nacen y se configuran según el modelo castellano de las Reales Chancillerías de Valladolid y de Granada; no obstante, las funciones específicas que tuvieron que desarrollar muy pronto implicaron que asumiesen *de facto* funciones de gobierno. Así, estos órganos corporativos, diseñados para entender de la administración de justicia, llegaron sin duda a controlar, en algunos casos, las políticas virreinales y, en general, a compartir las funciones de la administración ejecutiva colonial. Naturalmente, nos estamos refiriendo a las funciones de un órgano complejo y no a un arbitrario y caprichoso conflicto de competencias. Éstas están perfectamente definidas por la legislación real, que distingue claramente entre las competencias propias del superior gobierno, ámbito del virrey, y las específicas del gobierno ordinario, negocios de justicia que incumben a las audiencias. El problema estriba, entonces, en la acumulación de cargos que, si fuere conveniente, puede hacer compatibles las funciones virreinales con las de gobernador, capitán general y presidente de la audiencia. Se produce en esta situación una cierta confusión de poderes, que requieren un delicado equilibrio para funcionar en sus ámbitos respectivos sin invadirse mutuamente; si además consideramos que las audiencias son competentes para conocer los recursos contra los actos y disposiciones de virreyes y gobernadores, presuntamente lesivos de algún derecho, podemos advertir que estos órganos disponen de una capacidad de revisión de las resoluciones de los agentes gubernamentales en ultramar que supera con mucho la simple jurisdicción contenciosa [28].

Interesa, pues, destacar el papel *iurisdicente* de los reales acuerdos que adoptaban las audiencias al resolver o pronunciarse sobre algún asunto, conflicto o negocio. Estos órganos, como indica Konetzke,

[28] No participa de este criterio A. García Gallo. Véase, al respecto, «Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI», en *Estudios de historia del derecho indiano, op. cit.*, pp. 690 y ss.

tenían plenos poderes para enviar jueces de instrucción y fallar en querellas sobre el derecho de patronato real y otras regalías de la Corona. A la vez, estaban facultadas para verificar la imparcialidad y la licitud de las medidas adoptadas por las autoridades administrativas. Estaba permitido presentar recursos a las audiencias contra disposiciones de los virreyes y gobernadores; aquéllas podían confirmar, pero también rechazar y modificar los decretos protestados cuando parecían jurídicamente impugnables. Las audiencias confirmaban también disposiciones municipales y ejercían determinados derechos de inspección en las ciudades. Debían velar, ante todo, por la aplicación de las leyes de protección indígena y estaban obligadas a intervenir no sólo cuando se acudía a ellas, sino de oficio. Los acuerdos adoptados en las sesiones de las audiencias tenían, como autos acordados, fuerza de ley [29].

Las audiencias, en lo que se refiere a la formación del derecho indiano, tuvieron la función histórica de producir un ordenamiento jurídico estructurado conforme a las exigencias ético-políticas de los sistemas sociales donde regían, adaptando fuentes y procedimientos, cuando no incorporando nuevas reglas y actitudes en una labor que no se contuvo en la mera interpretación, sino que, trascendiéndola, permitió instituir las bases de un sistema singular.

3. *Las recopilaciones generales*

La positivación material del derecho indiano, tal y como habíamos indicado, culmina con las recopilaciones generales de leyes de los reinos de Indias, que pueden sintetizarse de modo sumario en la de 1681, en las normas complementarias y de desarrollo del siglo XVIII y en los postreros intentos de aplicar por extensión la legislación hispánica contenida en la Novísima de 1805, a las puertas ya de la crisis colonial.

La *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, muy probablemente, se nutre tanto de las experiencias de los trabajos de Solórzano y de Pinelo como del Cedulario de Encinas y de las sucesivas revisiones a las que fue sometido. Los avatares políticos de la época

[29] *Cf.* R. Konetzke, *América Latina. La época colonial, op. cit.*, p. 124.

impidieron que la Corona de España prestase la debida atención a los problemas jurídicos de la inexistencia de una legislación clara para los territorios ultramarinos, de tal forma que hasta la conclusión de la Paz de los Pirineos no se encargó al Consejo la puesta al día de la dispersa legislación indiana. Encargóse del proyecto a Fernando Jiménez Paniagua y, por fin, acordó Carlos II, mediante carta expedida en Madrid el 18 de mayo de 1680,

> que las leyes contenidas en aquél fueran guardadas y ejecutadas, determinándose por ellas todos los pleitos y negocios que en estos reinos y en las Indias ocurriesen, aunque alguna de aquellas fueren nuevas o diferentes y no publicadas y contrarias a las anteriores, todas las cuales eran derogadas.

La recopilación quedó, pues, como ley exclusiva de Indias, encargándose al Consejo la hiciese imprimir, como así ocurrió el 1 de noviembre de 1681.

La recopilación contiene sólo la legislación dictada por la Corona y se estructura en nueve libros, 218 títulos y 6.337 leyes; por su carácter esta obra es una compilación ordenada del derecho existente y no un código *ex novo*, no obstante puede reputarse pieza fundamental del derecho colonial hispánico y, sin exageración, documento sobresaliente en la historia de las colonizaciones europeas [30].

Naturalmente, no se detuvo en este acto el proceso de ordenación normativo. En el primer tercio del siglo XVIII ya se admitía la necesidad de ampliarlo mediante la adición de todo lo dispuesto con posterioridad. Así, entre 1680 y 1776, las distintas disposiciones fueron asentándose en los libros registros del Consejo y de los virreinatos, audiencias y gobernaciones, cuyo manejo y orden se facilita mediante distintos índices cronológicos y de materias. Así surgen el *Cedulario indiano*, de Muro Orejón, los 28 volúmenes del *Teatro de la legislación universal de*

[30] En la recopilación se indicaba de manera expresa que continuaban vigentes las leyes no recogidas por ella, en tanto no la contrariasen. Además, como se expresa en la ley I, título I, libro II, afirmó el mantenimiento del vigor de las normas dictadas por los órganos coloniales que no se opusiesen a ella. Véase, al respecto, V. Tau Anzoátegui, «La recopilación de 1680: dificultades para su aplicación», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, 11/1985.

España e Indias, de Antonio Javier Pérez y López y los 116 del *Cedulario Índico*, de Manuel José de Ayala. En 1776, se encargó a Juan Crisóstomo de Ansotegui, fiscal del Consejo de Indias, la reelaboración de una nueva edición de las disposiciones emitidas, lo que se cumplió en el *Nuevo Código de las Leyes de Indias*, el cual, aprobado por Carlos IV en 1792, no entró en vigor hasta el final de la época colonial.

La legislación reformadora del siglo XVIII introduce nuevas e importantes disposiciones en cuestiones como la regulación mercantil –Reglamento del Comercio Libre, de 1778, extensión a toda América de las Ordenanzas de Bilbao de 1737–; las innovaciones relativas a la organización gubernamental –Instrucción de Regentes, de 1776, seguida de la Ordenanza de Intendentes, de 1782– y las que afectan a las explotaciones mineras –Ordenanzas de la Minería de la Nueva España, de 1783–. No obstante, al superar las exigencias de la realidad lo previsto en la Recopilación de 1680, ésta precisaba complementarse –de nuevo– por un considerable número de normas que hacían sumamente compleja su aplicación. Sobre este particular se alzan las críticas de los primeros partidarios de la codificación, quienes entienden que la multiplicidad de leyes existentes, con sus defectos, contradicciones y falta de sistematización, no podrá cobrar efectividad material si no es mediante su reducción a un cuerpo de disposiciones ordenado, metódico y autosuficiente.

Pese a estas tendencias modernizadoras, que bien pudieron abonarse con la experiencia del proyecto de Código criminal de Lardizábal, cuya preparación ordena Carlos III por resolución de 25 de septiembre de 1770, prevaleció la clásica costumbre compiladora castellana. En efecto, por Real Decreto de 15 de abril de 1798, se ordenó volver a recopilar toda la legislación vigente, tarea que, concluida por Juan de la Reguera y Valdelomar, vio la luz como la Novísima Recopilación de las Leyes de España, promulgada por Carlos IV en 1805, cuya influencia en las –por poco tiempo ya– provincias de ultramar se extendió hasta que se iniciaron los procesos de codificación en cada una de las nuevas naciones hispanoamericanas [31].

[31] La Novísima coincide en el tiempo con el proceso de codificación europeo: el Allgemeines Landrecht prusiano, 1794, el Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch austríaco, 1811, y el Code Civil francés de 1804. Esta posición, unida a la situación política española, extremadamente delicada, permite comprender que su vigencia sea incierta como

La configuración estructural de las instituciones públicas

Usando un esquema ya clásico, que pusieron de manifiesto los trabajos de Ots y Capdequi, cabe hablar de un doble sistema de jerarquías, integrado por las instituciones públicas metropolitanas y las propias indianas. Entre las primeras han de citarse la Casa de Contratación, el Consejo Real y Supremo de las Indias y la Secretaría del Despacho Universal de Indias. Por su parte, las instituciones públicas indianas más representativas serían las reales audiencias, el virreinato, las capitanías generales, las presidencias, las gobernaciones y comandancias y los cabildos municipales, sin olvidar las intendencias, postrer y fallido intento de racionalizar, a la francesa, las instituciones coloniales.

La Casa de Contratación es una primera y obligada referencia en lo que se refiere al análisis de las autoridades coloniales radicadas en la metrópoli. Según se incrementaba el número de expediciones ultramarinas, creciendo con ello el volumen de los negocios comerciales coloniales, se puso de manifiesto la necesidad de crear una entidad que regulase y promoviera estas actividades con aquellos territorios. Así surge la Casa de Contratación, cuya sede sevillana se erige por Real Cédula de los Reyes Católicos de 20 de enero de 1503. En origen, debía proceder al control de comerciantes y mercancías, así como de los buques y personas que se trasladaban al Nuevo Mundo. Fue dicho órgano, efectivamente,

> al propio tiempo que el organismo rector del comercio con las Indias, una institución de gobierno con atribuciones políticas —singularmente en materia fiscal— una pieza importante de la esfera de la administración de justicia y un factor poderoso para el estudio de la geografía americana y de la ciencia náutica de la época [32].

Durante casi tres siglos, la Casa de Contratación ejerció un control absoluto sobre todo el tráfico mercantil con las Indias; sus com-

derecho positivo propio de Indias. Sería quizás más adecuado considerarla como un último referente que permite la transición jurídica del orden consuetudinario al derecho codificado, donde no dejará de estar presente como fuente informadora de instituciones y procedimientos.

[32] *Cf.* Ots y Capdequi, *El Estado español en Indias, op. cit.*, p. 72.

petencias aumentaron considerablemente durante el reinado de los primeros Austrias hasta llegar a convertirse virtualmente en un ministerio de Comercio Ultramarino, dotado de una complicadísima burocracia y complejos procedimientos y ampliando sus potestades ejecutivas y judiciales. Tal situación se mantuvo hasta la profunda reforma del siglo XVIII. Trasladada a Cádiz en 1717, fue suprimida en 1709, por decreto del 18 de julio, tras la proclamación de la libertad de comercio.

El Consejo de Indias, instituido durante el reinado de Carlos V, fue, sin duda, el órgano político-admnistrativo más importante de la estructura colonial metropolitana. En efecto, ya en la Real Cédula de 14 de septiembre de 1519 aparecen referencias al Consejo de Indias, si bien como una sección del de Castilla. Según Schäfer, esta institución se concreta por la resolución del César Carlos de 1 de agosto de 1524, obteniendo sus ordenanzas particulares en las Leyes Nuevas de 1542. Posteriormente, las ordenanzas de 24 de septiembre de 1571, promulgadas por Felipe II, recortaron algunas competencias, que pasan al Consejo de Hacienda, fijando definitivamente su constitución y cometidos. Estas ordenanzas, que volvieron a promulgarse junto a las expedidas por Felipe IV en 1636, se incorporaron como leyes propias a la Recopilación de 1681.

En general, puede decirse que la autoridad y competencias del Consejo de Indias se extendía a todos los ámbitos de la acción gubernativa, legislativa, financiera, militar, eclesiástica, comercial y judicial, sin que órgano alguno en España pudiera interferir en sus actividades. Se manifestaba como la expresión directa de la autoridad de la Corona sobre sus dominios ultramarinos, de tal forma que, en cierta medida, incluso la Casa de Contratación dependía del Consejo, quien tenía derecho de veto sobre sus decisiones.

En cuanto a su potestad legislativa, el Consejo preparaba para la aprobación y sanción real todas las leyes y decretos que se referían a la administración colonial. Era consultado por la Corona en todo lo concerniente a la división administrativa y al nombramiento de las autoridades coloniales, dependiendo de este órgano su promoción y remoción. Conocía de los asuntos eclesiásticos, informando sobre el nombramiento de sus dignidades y dando vigor a los documentos pontificios que tenían incidencia en los territorios de ultramar [33].

[33] Las citadas ordenanzas de 24 de septiembre de 1571, sancionadas por Felipe II,

Las competencias judiciales del Consejo tenían un doble sentido. Por una parte, conocían como autoridad metropolitana, en única instancia, todos los asuntos relacionados con las posesiones americanas que se sustanciaban en España y, por otra, como corte de apelación, en segunda instancia, entendían los procesos incoados en las colonias. Dentro de su jurisdicción se encontraban los juicios de residencia y el control de las visitas, así como el ejercicio de la censura sobre todos cuantos libros y material impreso se pretendía enviar a las colonias o imprimirse allí. Actuando como un Estado dentro del Estado español, era previsible que no pudiese subsistir a la quiebra de la monarquía absoluta, a cuyo amparo se había desarrollado. En efecto, las reformas borbónicas del siglo XVIII disminuyeron notablemente su influencia. En noviembre de 1714, se creó una Secretaría de Marina e Indias, competente en asuntos de guerra, hacienda, navegación, comercio y provisión de empleos públicos dotados de responsabilidad política o judicial, lo que no excluía a los propios miembros del Consejo de Indias. Este recorte de atribuciones se amplía al crearse, en 1717, la Secretaría del Despacho Universal de Indias, lo que, junto con las reformas posteriores, 1773 y 1776, y la especificación de competencias respecto de los ministerios de Asuntos Exteriores, Guerra, Marina, Hacienda y Justicia, producidas en 1790, implicará primero su conversión en órgano simplemente consultivo para, a principios del siglo XIX y tras las reformas gaditanas, desaparecer definitivamente [34].

indicaban claramente que «es nuestra merced y queremos que el dicho Consejo tenga la jurisdicción suprema de todas nuestras Indias Occidentales descubiertas y por descubrir, y de los negocios que dellas resultaren y dependieren». A mayor abundamiento, cabe decir que estas ordenanzas, nuevamente promulgadas con las de Felipe IV de 1636, se incorporaron a las leyes 2 y 3 del título II del libro II de la Recopilación de 1681, de tal forma que, prácticamente, la dirección temporal de la Iglesia en Indias la ejercía el monarca a través de su Real Consejo de Indias, que impulsaba todos los decretos dados para aquellas tierras, siendo así que la jerarquía religiosa en Indias estaba perfectamente fiscalizada en los asuntos concernientes a la jurisdicción espiritual. Para estas cuestiones, y en general sobre este órgano, véase E. Schäfer, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, 2 vols., Sevilla, 1935-1947.

[34] Las Cortes de Cádiz abolieron este órgano por decreto de 17 de abril de 1812; Fernando VII lo restableció en 1814 y quedó definitivamente suprimido por la ley de 24 de marzo de 1834; fácil es pensar, a tales alturas, lo nominal de sus competencias y la intrascendencia de sus resoluciones. Véase, en general, sobre la evolución final de esta institución, C. H. Haring, *El Imperio hispánico en América*, Buenos Aires, 1958.

Por lo que respecta a las autoridades propias de las colonias, cuyo conocimiento es capital para entender la institución del orden jurídico-político indiano, es preciso partir de la acertada consideración que hace al respecto Schäfer, cuando afirma:

> En las Indias no había ninguna autoridad suprema. Si bien cada una tenía cierta autonomía funcional dentro de su propia competencia, existían también contrapesos, limitaciones y controles destinados a evitar los abusos de poder o a sancionar los excesos a los que podían sentirse inclinados los mandatarios tan alejados de la metrópoli [35].

De esta forma, la estructura funcional de la organización pública indiana parte de dos instituciones supremas, audiencias y virreinatos, se amplía con la acción de institutos de carácter ejecutivo, capitanías generales, comandancias y gobernaciones, y se completa con la acción de los poderes municipales, los cabildos. Naturalmente, por las peculiares características de esta organización y la complejidad del propio sistema administrativo colonial hispánico, la ejecución de las potestades atribuidas originariamente por la Corona a las entidades ultramarinas trasciende la simple delegación de funciones y se asimila en multitud de casos a una autonomía ejecutiva y legislativa plena. Veamos, para fundamentar estas afirmaciones, algunas de las características básicas de tales órganos.

En la cúpula de la jerarquía administrativa colonial aparecen las reales audiencias, órganos subordinados nominalmente al Consejo de Indias y que representaban la autoridad real. De creación anterior a la institución del virreinato —la primera audiencia se crea con sede en Santo Domingo en 1511, por cédula de los Reyes Católicos; el Virreinato de Nueva España no lo será hasta la decisión de Carlos I de 1535— tuvieron las audiencias funciones decisorias/ejecutivas de gran importancia sobre extensos territorios, ejerciendo al principio competencias gubernativas de carácter general, sobre todo en lo que se refiere a los asuntos indígenas, relaciones con adelantados y descubridores y reparto de tierras.

[35] *Cf.* R. Zorraquín Becú, *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1959, p. 56.

Sin embargo, tras las primeras experiencias, tal predominio de un único órgano supremo no se acopla con los proyectos imperiales de la Corona de España. Una vez superada la fase de aventura, la fascinación por el hecho en sí del descubrimiento, el Estado español cobra conciencia de la importancia y trascendencia tanto económica como geopolítica del continente ultramarino, y estima la necesidad de proveer instituciones suficientemente dotadas como para representar la soberanía real y hacer ejecutivas sus decisiones. Así, se activa la institución virreinal, atribuyéndole competencias tales que en principio se perfilan como un *alter ego* de la Corona.

Para ver estas cuestiones con más claridad, creo necesario tener en cuenta que tanto el descubrimiento como la conquista y la colonización de las Indias Occidentales no fueron empresas donde prevaleciese en modo alguno la iniciativa privada. Son por naturaleza empresas públicas de patrocinio real, dependiendo en última instancia para su realización de la voluntad de la Corona [36].

En efecto, la base jurídica sobre la que se articulan todas las expediciones ultramarinas fue la capitulación, figura ya tratada, de la que arrancan tanto las fuentes legales de autoridad como las facultades gubernativas para la administración de un determinado territorio. Siendo como eran aquellos lugares patrimonio de la Corona, el tomar posesión de ellos en nombre de Dios y del rey no era un mero símbolo, sino un acto con valor jurídico real.

[36] Con estas afirmaciones se pretende precisar que el impulso procesal que activa jurídicamente todo descubrimiento y conquista surge de una decisión estatal positivada en la voluntad de acceder de la Corona. Ni los capitulantes, primero, ni aquellos que para tales empresas resultaron autorizados posteriormente, por mor de las Ordenanzas de Descubrimientos y Nuevas Poblaciones de 1573, ejecutaron negocios *inter pares*. Obviamente se adhirieron a los términos que expresaba la merced real autorizándoles a proceder, siendo variable el grado de identidad entre lo solicitado y lo concedido. Algo parecido ocurre con las estipulaciones «contractuales» de carácter económico. El adjudicatario del permiso o licencia debía proveer a sus expensas fianzas y fondos para garantizar y ejecutar el negocio que se proponía, estableciéndose que los beneficios resultantes de hallazgos y descubrimientos se distribuyesen de forma sumamente ventajosa para la Corona, cuya Real Hacienda poseía medios de control financieros y comerciales sumamente precisos para garantizar sus derechos. Habría que entender estos negocios, pues, como empresas públicas con carácter mixto, ya que, si tanto dependían de la voluntad del Estado para realizarse y a éste revertían la mayor parte de los beneficios, no es menos cierto que su capitalización y desarrollo se basan en proyectos y riesgos privados.

Sin embargo, es sabido que, con excepción de las Capitulaciones de Santa Fe, ninguna otra posterior, otorgada para descubrimiento y/o población, trajo aparejado el cargo de virrey. La nueva provisión de la función virreinal significa la inequívoca manifestación de la soberanía real sobre sus posesiones ultramarinas, que se pone de manifiesto por medio de un órgano público en el que se encarna la suprema autoridad del Estado. Bien es cierto que se trata de un órgano supremo, pero no único. El mantenimiento de las audiencias, en tanto que órganos colegiados, provistos de amplísimas potestades administrativas y judiciales, deja entrever que se pretendía instituir en Indias un sistema de poderes delegados que se articulasen mediante el equilibrio y el control recíproco de las funciones gubernativas y jurisdiccionales.

En tanto que órganos ejecutivos unipersonales, representantes directos del Estado —de la Corona—, eran los virreyes, los capitanes generales y los gobernadores los que, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, disponían de poder y autoridad para resolver sobre los asuntos civiles y militares, económicos y eclesiásticos, guardando, como es obvio, el orden de precedencia jerárquico.

Las reales audiencias, en cuanto que órganos colegiados, expresaban la voluntad real y realizaban un control efectivo de los actos de los poderes públicos territoriales, pues tenían jurisdicción suficiente para revisar y decidir sobre las resoluciones del gobierno colonial. Actuando como órganos complejos, se pronunciaban como Consejo de Estado, emitiendo sus decisiones mediante Autos Acordados, actos resolutorios definitivos, que agotaban toda vía y frente a los que sólo cabía recurso, excepcionalmente, ante el Supremo Consejo de Indias.

El poder compartido de virreinatos y audiencias, la complejidad del sistema político-administrativo colonial y la falta de una determinación práctica y explícita que definiese con nitidez la distribución funcional de competencias —por lo que toca a la jerárquica pocas dudas cabían—, explica la suma de conflictos jurisdiccionales y los múltiples enfrentamientos entre autoridades que menoscabaron notoriamente la eficacia de la organización público-administrativa indiana y que, muy posiblemente, sean remotos antecedentes de las débiles estructuras burocráticas de los actuales estados hispanoamericanos.

El virrey, institucionalización del poder centralizador, se configura originariamente como órgano supremo con plena competencia y juris-

dicción en todos los ámbitos de la vida política indiana. Sus facultades no tenían otro límite que la voluntad real expresa:

> En todas las cosas, casos y negocios que se ofrecieren, hagan lo que pareciere y vieren que conviene, y provean todo aquello que Nos podríamos hacer y proveer de cualquier calidad y condición que sean en las provincias de su cargo si por Nuestra Persona se gobernaran, en todo lo que no tuvieren especial prohibición.

Así, gozaron de la facultad, tácitamente admitida por la Corona, de modificar y aun suspender las reales cédulas cuando resultasen inaplicables a las circunstancias que pretendían regular o, cuando de su aplicación literal se siguiese más daño que de su inobservancia. «Se acatan, pero no se cumplen», quedando consignadas en los registros «con siniestra relación», son actos puramente virreinales que, sin derogar la real norma —lo que sería inaceptable a todas luces—, suspenden su validez, dejándola sin efecto.

Ahora bien, sabemos que la negativa experiencia que se sigue de la actuación del primer virreinato —el de Colón, transmitido por herencia a su hijo Diego y extinguido tras la muerte de la viuda de éste, doña María de Toledo— indujo a la Corona a crear la primera audiencia en Santo Domingo —La Española—, en 1511. Suprimida por mor de los conflictos jurisdiccionales entre sus oidores y el virrey, se restablece en 1526, siguiéndose de este acto la creación de otras muchas. Años después, se equilibra la situación al formarse los dos primeros virreinatos, el de Nueva España, 1535, y el del Perú, 1542 [37].

[37] Conviene precisar, aun a despecho de ser prolijo, algo sobre la compleja estructuración jurisdiccional territorial de audiencias y virreinatos.

Los dos inmensos virreinatos creados en el siglo XVI, el de Nueva España y el de Perú, se fraccionan en el siglo XVIII al establecerse el del Nuevo Reino de Granada (creado en 1719, suprimido en 1724 y restablecido en 1740), cuya jurisdicción se extendió a Panamá, Venezuela y, al reino de Quito, y el del Plata, que, creado en 1776, incluía Buenos Aires, Paraguay, Tucumán, Santa Cruz de la Sierra y Potosí.

Las demarcaciones de las audiencias, como indica Ots y Capdequi, varían notablemente. Durante el siglo XVII, dependían del virreinato de Nueva España las audiencias de Santo Domingo, México, Guatemala y Guadalajara; del de Perú, las de Panamá, Lima, Santa Fe de Bogotá, Charcas, Chile y Buenos Aires. En el transcurso del siglo XVIII se producen notables variaciones. En Nueva España, sólo subsisten las audiencias de México, Nueva Galicia, y Guatemala. La de Panamá —Tierra Firme— sufre supresiones y

Las audiencias, desde el momento mismo de su establecimiento, fueron núcleos institucionales con propensión hacia la autonomía jurisdiccional y no perdieron su autoridad al crearse otras formas gubernamentales y administrativas. Asesora y vigilante del virrey —en general de los actos de las autoridades civiles—, tuvo que desarrollarse en un sistema de muy difícil armonización competencial, agravado por la general tendencia al control recíproco. Sea como fuere, la audiencia se manifiesta como el órgano de mayor poder y el más regular en la ejecución de funciones que superan las puramente judiciales y a menudo alcanzan las ejecutivas. Aspecto clave que se pone de relieve en sus actuaciones colegiadas productoras de Reales Acuerdos, pero también en su poder de revisión, por no citar las visitas y los juicios de residencia [38].

Dentro de la jerarquía de poderes que hemos ido viendo y antes de comentar las reformas del siglo XVIII en lo tocante a las funciones gubernamentales, no podemos olvidar referirnos a los poderes locales, especialmente a la figura de los cabildos, alguno de los cuales tuvieron una importancia capital en la preparación de los movimientos independentistas. Estos órganos cubrían las funciones propias de la admi-

restablecimientos continuos hasta su definitiva consolidación hacia 1760. La de Santo Domingo sufrió gran merma jurisdiccional al crearse el virreinato de la Nueva Granada, pasando a corresponder a la audiencia de Santa Fe de Bogotá los territorios venezolanos. Más aún, en 1786, al crearse la audiencia de Caracas, el territorio de la Dominicana se redujo a «la parte española de aquella isla, Cuba y, Puerto Rico». En el virreinato del Perú se mantuvieron las audiencias de Lima, Charcas y Santiago de Chile, con las restricciones jurisdiccionales que supuso la creación de las audiencias de Cuzco y el restablecimiento de la de Buenos Aires.

Abundando en este tema, y según indica Ruiz Guiñazú, cabe distinguir entre audiencias de carácter virreinal, pretoriales y subordinadas. Las primeras tienen sede en la capital del virreinato y son presididas por el propio virrey; las segundas se asientan en un lugar donde radica una capitanía general o una gobernación, siendo su presidente el titular del correspondiente órgano gubernamental; se consideraban audiencias subordinadas a las restantes. (Véase, E. Ruiz Guiñazú, *La magistratura indiana,* Buenos Aires, 1916.)

[38] Sin más precisiones, baste recordar que toda decisión del virrey, por extensión todas las resoluciones gubernativas reputadas firmes, eran susceptibles de apelación ante la audiencia correspondiente. Las resoluciones de ésta podían tener efectos devolutivos, permitiéndose la ejecución del acto gubernativo hasta que hubiera sentencia, o bien efectos suspensivos, lo que impedía su aplicación. Véase, al respecto, C. H. Haring, *El Imperio hispánico en América,* Buenos Aires, 1858.

nistración y gobierno locales, pero no se debe suponérselos linealmente idénticos, meras adaptaciones de sus homónimos castellanos. De ahí que sus funciones sean más amplias y se adapten mejor a las necesidades de las poblaciones ultramarinas. Los cabildos

> distribuían tierras a los ciudadanos, imponían gravámenes municipales, proveían a la policía local, reclutaban una milicia urbana para tiempos de peligro, otorgaban permisos de edificación, cuidaban la conservación de las cárceles y los caminos, inspeccionaban los hospitales, reglamentaban los feriados públicos y las procesiones, vigilaban los precios del mercado local... [39].

Sin entrar en las diferentes clases de cabildos, ni preocuparnos excesivamente por el número y funciones de los correspondientes regidores, resaltaré que sobre el carácter de estos órganos existe aún fuerte polémica; las calificaciones abarcan desde «capítulo libre cuyos puestos eran ocupados por los más capaces y los más buenos y, en los mejores tiempos, asamblea respetable, cuyos cargos fueron timbre de honor y de virtudes cívicas», hasta las más concisas y radicales denominaciones de «gobierno municipal de carácter oligárquico», criterio éste que se asienta en el carácter no electivo de los cargos municipales, objeto de subasta como lo eran los oficios públicos cuya provisión dependía de la Corona [40].

Por último, hay que considerar la influencia de las reformas borbónicas del siglo XVIII, en lo que se refiere a la organización pública indiana. El cambio en las relaciones de poder de los órganos coloniales metropolitanos conduce a que las secretarías de despacho universal se hagan cargo de las principales funciones desempeñadas por el Consejo de Indias, que se transforma en un simple órgano consultivo. De igual forma, los proyectos de racionalización administrativa iniciados por Carlos III pretenden tanto recuperar el control político de la Corona sobre las actuaciones de los órganos coloniales radicados en ultramar

[39] *Cf.* C. H. Haring, *El Imperio hispánico en América*, *op. cit.*, p. 199.

[40] Sobre esta polémica cuestión, véase H. Urteaga, «La organización judicial de la Colonia», en *Revista de Humanidades*, La Plata, vol. XXV, n.º 1, 1936, que sostiene la primera posición; radicalmente en contra C. Bayle *Los cabildos seculares en la América española*, Madrid, 1952; también, M. Góngora, *El Estado en el derecho indiano*, Santiago de Chile, 1951.

como regular de forma directa los sistemas comercial y financiero, excesivamente descentralizados, separando la esfera de gestión económica —la Real Hacienda, tanto civil como militar— de la político-administrativa.

Se produce así una de las últimas reformas jurisdiccionales de trascendencia general. A través de las Ordenanzas de 1770 y de 1872, se crea en Indias el régimen de intendentes, institución que viene a sustituir a los antiguos gobernadores por la figura del intendente-gobernador, competente en principio para «todos los asuntos de la Real Hacienda y sus incidencias», pero habilitado poco tiempo después para extender su autoridad a cuestiones políticas y judiciales. Este nuevo órgano de la administración colonial estaba sometido en parte al virrey y en parte al intendente general, lo que suponía un nuevo sistema de control específico sobre las funciones ejecutivas, tuteladas ahora directamente por un «comisariado regio» que fiscalizaba las decisiones virreinales y, sobre todo, controlaba de manera exclusiva el sistema económico como titular de la hacienda, finanzas y tributos políticos en el correspondiente ámbito colonial [41].

Paradójicamente, los intentos de modernización y de concreción del centralismo sólo sirvieron, por una parte, para diversificar el sistema productivo interamericano en fracciones mutuamente competitivas, impidiendo que se fomentase la complementariedad económica que, inintencionalmente, había inducido la colonia y, por otra, para incrementar el grado de tensión social y política entre los sectores sociales. Como dice Haring:

[41] Sobre este problema, Arcila Farias afirma: «Tanto los virreyes como los gobernadores de los territorios americanos sintieron el peso de esta autoridad, y trataron de resistirla, no sin conflictos que hicieron necesaria la intervención del monarca y del Consejo. De hecho, los virreyes y gobernadores quedaron sujetos al intendente, pues no sólo fueron despojados de las más importantes funciones de gobierno, como eran las fiscales y económicas, sino que ni aún en las que les quedaban podían obrar con independencia, así fuesen de carácter civil o militar. La representación del rey era casi lo único que les quedaba sin compartir con el intendente, y esa representación era más decorativa que efectiva. En realidad, esa situación era un tanto incongruente y la Corona dio un paso atrás para conciliar el conflicto de autoridad al crear la superintendencia, que colocó en manos de los virreyes, aunque después volvió a separarla y la dio al intendente de la capital del virreinato». Cit. por Ots y Capdequi, en *Historia del derecho español en América...*, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

> si con la implantación del sistema de intendencia se consiguió sanear la administración del Estado español en las Indias, incrementándose considerablemente los ingresos del Tesoro, los beneficios que por ese lado se alcanzaron quedaron contrarrestados con creces por el error político que implicó desplazar a los criollos de los puestos de gobernadores, alcaldes mayores y corregidores y sustituirlos por funcionarios peninsulares que absorbieron sus funciones políticas y administrativas desde los nutridos cuadros burocráticos de las distintas intendencias [42].

Con ello llegaríamos al borde histórico inmediatamente anterior al proceso de emancipación e independencia, conjunto de fenómenos que se tratarán en capítulo aparte.

En las páginas precedentes he tratado de especificar cómo se proyecta el derecho español en Indias y qué transformaciones sufre, así como el modo en que se proyecta la organización público-administrativa y cómo se adapta a las exigencias intrínsecas de su medio social. A mi juicio, éste es el núcleo-fuente del sistema jurídico iberoamericano, que mantiene su esencia pese al muy alto grado de fragmentación económica y de dispersión política del conjunto de entidades nacionales en las que se integrará tras la crisis del siglo XIX.

[42] C. H. Haring, *op. cit.*

Capítulo III

LA EMANCIPACIÓN DE IBEROAMÉRICA Y LA CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS ESTADOS NACIONALES

Causas generales que motivan la emancipación

En el período que va desde 1810 a 1826, los imperios español y portugués del Nuevo Mundo, que habían durado tres siglos, se liquidaron casi completamente. España perdió todas sus posesiones continentales, y Portugal, el Brasil. Así, las causas de la independencia latinoamericana, continente que a finales del siglo XVIII aparecía firmemente dominado por las potencias ibéricas, han sido objeto de estudio apasionado por los juristas de muchas naciones europeas [1].

Antes de entrar en el estudio de la vida de las nacientes repúblicas americanas, creo conveniente enumerar las causas que se aplican, de un modo especial, a las colonias españolas para, al término de este capítulo, agregar algunos detalles que se refieren a la independencia del Brasil.

Una de las causas permanentes de descontento contra el gobierno español era el antagonismo existente entre los peninsulares y los criollos, antagonismo provocado por las prácticas administrativas de la metrópoli. He señalado anteriormente que el monopolio integral de los altos oficios era ejercido por los españoles: virreyes, capitanes generales, gobernadores, inspectores especiales pertenecían a la clase peninsular y éstos eran cargos de los que eran excluidos sistemáticamente los

[1] Sobre el tema de la emancipación colonial, la literatura es extraordinariamente copiosa; me limitaré, pues, a referirme a los trabajos dirigidos por Jaime Vincens Vives, en su *Historia social y económica de España y de América*, Teide, Barcelona 1957, como una excelente fuente de ampliación de datos.

criollos, grupo social que pretendía una participación efectiva en el manejo de los asuntos públicos. No es extraño, pues, que todos los jefes de la revolución de la independencia pertenecieran a este grupo social criollo.

A esto se agregaba el sistema mercantilista vigente en la época, que operaba en desmedro de los intereses legítimos de las colonias. Debiendo vender a precios bajísimos sus productos a la metrópoli y comprar a España a precios elevados, se comprende que a la larga el sistema debía provocar la parálisis económica de las colonias. Los criollos protestaban enérgicamente contra estos abusos que significaban la explotación de las colonias en beneficio de la metrópoli [2].

En las postrimerías del siglo XVIII, los Borbones adoptaron algunas reformas cuyos resultados no alcanzaron a conocerse. Más aún, la política mercantilista siguió aplicándose, dando preferencia a los productos minerales en detrimento de la agricultura y ganadería. Es natural que en estas condiciones, zonas deprimidas como La Plata y Venezuela se convirtieran en centros activos de rebelión.

Igualmente, el sistema político, social y eclesiástico, con su estratificación, la restricción de la libertad, la censura y otras prácticas juzgadas anticuadas, era considerado por algunos criollos como una tiranía insoportable. La madre patria era acusada de mantener a las colonias en un estado de aislamiento intelectual e ignorancia. A pesar del gran número de universidades, de establecimientos educativos y de las actividades científicas y literarias de los colonos, se pensaba que España había rodeado su Imperio de una cortina de hierro, para apartar las influencias dañinas a la ortodoxia católica y a la lealtad monárquica [3].

Si lo anterior pudo ser cierto en los dos primeros siglos de la dominación, es un hecho que la política progresista de los Borbones introdujo diversas reformas y llevó a cabo la relajación de algunas restricciones. La censura fue menos severa y los colonos pudieron viajar libremente al extranjero. Varios de los futuros jefes de la revolución, Miranda, Bolívar, Nariño, San Martín, O'Higgins, Belgrano, pudieron

[2] Sobre las relaciones comerciales de las colonias iberoamericanas con la metrópoli, véase N. García Samudio, *La independencia hispanoamericana*, México, 1950.

[3] Sobre el deterioro de las relaciones entre España y sus colonias, véase J. R. Vejarana, *Orígenes de la independencia sudamericana*, Bogotá, 1925.

conocer en Europa sistemas de gobierno menos absolutos y establecer comparaciones que no eran favorables a España.

Aún se discute el grado de popularidad del movimiento de la independencia en América. Podemos afirmar que esta necesidad de independencia era poco sentida en las clases inferiores de la sociedad, que, en ningún momento, participaron de forma activa en el movimiento. Además, entre los criollos aparecían dos tendencias: una autonomista, que pretendía eliminar las causas del descontento criollo, permaneciendo, de todas maneras, sujetos a la dominación de la metrópoli; la otra, independentista, minoritaria, que no veía otra solución a estos males sino a la ruptura total con España.

En cuanto a la inspiración que recibió la independencia americana del movimiento similar en Estados Unidos o de la Revolución Francesa, ésta es innegable y estos acontecimientos, acaecidos 30 años antes, ciertamente produjeron una impresión profunda en el elemento criollo [4].

Las causas de descontento que he señalado anteriormente no provocaron un efecto uniforme a través del Imperio español. Como ya se dijo, al principio el antagonismo entre peninsulares y criollos se hacía sentir más agudamente en Venezuela y La Plata, y con menor intensidad en otras capitanías, como Chile.

Los acontecimientos que precipitaron el movimiento de la independencia se produjeron en Europa e, inicialmente, no era posible prever este resultado. Lo cierto es que la invasión de España por las tropas napoleónicas y la tragicomedia de Bayona, en 1808, que provocaron la abdicación de Carlos IV en su hijo Fernando y la revocación de éste en favor de José, hermano de Napoleón, significaron un golpe fatal para el prestigio de la monarquía española. El pueblo español se levantó en armas contra el rey intruso, como una expresión de la dignidad ofendida de la nación.

Al principio, esta resistencia se localizó en España, en los cabildos, que crearon juntas para la defensa; esta erección de juntas se produjo conforme a la antigua tradición, por la que, en ocasión de un

[4] Las influencias culturales de Francia y Estados Unidos sobre el proceso de independencia son evidentes; *cf.*, al respecto, F. L. Paxton, *The Independence of the South American Republics*, Ferris & Leach, Philadelphia, 1903.

desastre nacional, captura del rey o invasión extranjera, las villas y sus cabildos se consideraban depositarios de la soberanía, autorizados para gobernar provisionalmente y actuar en defensa de los intereses reales. Para que la resistencia al intruso fuese más efectiva, las juntas locales acordaron constituir la junta central gubernativa del reino, con sede en Sevilla, el 30 de enero de 1809. La junta declaró que, siendo las colonias partes integrantes de la monarquía española, tenían derecho a enviar diputados a España, al mismo tiempo que se solicitaba su cooperación para la restauración del rey Fernando.

En enero de 1810, la junta de Sevilla dio un paso en falso que debía tener consecuencias fatales para la evolución del movimiento independentista; transfirió su autoridad a una regencia de cinco miembros, que fue débil en la conducción de la guerra contra los franceses. En vista de esta situación, la regencia ofreció un cierto grado de autonomía a las colonias para que apoyaran con mayor energía a la metrópoli en la lucha contra Napoleón [5].

Las victorias francesas no provocaron la ruina inmediata del Imperio español; la junta central de Sevilla y, posteriormente, la regencia, fueron consideradas legítimamente constituidas y un apoyo sustancial en dinero y productos fue enviado desde las colonias. En su conjunto, las colonias se mantuvieron fieles, salvo algunos grupos reducidos que manifestaron su descontento y maduraban planes de independencia.

Pero, como decía, la política errada de la regencia, su dirección vacilante de la guerra y el hecho de retirarse a Cádiz, entregando España a los franceses, provocó los pronunciamientos de Venezuela, La Plata, Colombia y Chile, a los que seguirían las guerras de la independencia.

No es mi propósito describir las acciones militares, pero es útil señalar algunas características generales de las luchas de la independencia. En primer lugar, las antiguas colonias no se unieron en un esfuerzo común para obtener la independencia. En algunos casos, ni siquiera aparecía claro que la independencia era el objetivo final: en un comienzo, junto con la profesión de su lealtad a Fernando VII, la lucha tendía a sustituir la administración española existente por una junta lo-

[5] Véase, al respecto, D. Amunátegui Solar, *La emancipación de Hispanoamérica*, Santiago de Chile, 1936.

cal. Los diferentes centros de actividad política y militar tuvieron una jefatura independiente y la guerra siguió, en cada caso, un curso separado; por ejemplo, Argentina y Paraguay no conocerían el período de la reconquista española, como sucedió en Chile. Los contactos fueron meramente regionales, esporádicos, sin ánimo de crear una alianza permanente [6].

Esto no quiere decir que dentro de estos espacios geográficos no se estableciese algún sistema de auxilio recíproco. El más importante fue, sin duda, el prestado por Argentina para la liberación de Chile y Perú; igualmente, en el norte, se constituyó una alianza, que fue el germen de la empresa libertadora de Simón Bolívar y de la futura Gran Colombia o unión política entre Colombia, Venezuela y Ecuador.

En la segunda década de la independencia, 1820-1830, ocurrieron cambios trascendentales que anunciaban la futura colaboración de las naciones americanas. En algunos de estos países ya había triunfado la independencia y éstos auxiliaron al resto de las colonias que aún luchaban contra los ejércitos españoles. Se establecieron contactos entre San Martín y Bolívar; la Gran Colombia participó en la liberación de Perú y Bolivia, se negociaron algunos tratados de alianza y arbitraje y se reconoció el principio *uti possidetis iuris* en 1810; se reunió el Primer Congreso Americano en Panamá, en 1826, como una respuesta a la doctrina formulada por el presidente James Monroe, en 1823. En este período, los Estados de América Latina fueron reconocidos por Inglaterra, Estados Unidos y Portugal [7].

Consumada la independencia americana, cabe preguntarse cuál fue la base legal de las revoluciones de Latinoamérica. Se puede decir que el esquema inicial fue el mismo que operó en España, en el que el gobierno local fue constituido con base en el cabildo. El cabildo municipal ordinario apoyado por el cabildo abierto fue el instrumento usado para derrocar a las autoridades peninsulares.

El segundo paso fue la erección de las juntas provinciales que, representando fundamentalmente al cabildo, incluían delegados de las

[6] La diversidad de los impulsos independentistas es algo manifiesto; *cf.*, al respecto, J. Tejerino Ycaza, *La independencia hispanoamericana*, Madrid, 1947.

[7] Sobre el Congreso de Panamá, véase E. J. Castillero, «Intimidades del congreso anfictiónico de Panamá», en *El pensamiento constitucional de Latinoamérica. 1810-1830*, t. V, Biblioteca de la Academia Nacional de Historia, Caracas, 1972.

llamadas «fuerzas vivas» de la ciudad, es decir, la industria y el comercio. Este movimiento, seguido por los otros cabildos, provocó la formación de una junta central, representante de los intereses de toda la colonia [8].

Pero pronto las necesidades de la guerra mostraron que estas juntas eran impotentes para afrontar la nueva situación; fatalmente, se impuso la autoridad de los jefes militares que asumieron dictatorialmente la mayor parte de las funciones de la junta. Esta descripción generalizada de la evolución operada en la formación de los primeros núcleos de la independencia no debe llevarnos a la conclusión de que las fuerzas opuestas en las guerras de la liberación fueron simplemente de criollos contra españoles.

Un estudio profundo de estos acontecimientos impide considerar al elemento criollo como una fuerza compacta opuesta a los peninsulares; en los cuerpos de ejército leales a la Corona española encontramos criollos, lo que ha movido a diversos autores a clasificar las guerras de la independencia como guerras civiles bajo el aspecto jurídico. Esta tesis se funda también en declaraciones de Simón Bolívar, que, en diversas ocasiones, lamentó en términos amargos la división de los elementos criollos. Aún más, los criollos que aceptaban como último objetivo la independencia de las colonias estaban divididos respecto a la eficacia de los medios para llegar a este fin [9].

Este desacuerdo llevó a la formación de las primeras facciones que, prematuramente, trataban de resolver los problemas del futuro orden político. El problema de la forma de gobierno, monárquico o republicano, federal o unitario, dividía profundamente a la incipiente opinión pública. Los terratenientes trataban de preservar sus antiguos privilegios en el nuevo régimen, pero no siempre actuaban en un frente unido.

El ejército, que debería surgir como una fuerza política de primera magnitud, al término de las luchas por la independencia, también estaba dividido. No es posible en la confusión del panorama político de estos tiempos trazar un cuadro, una clasificación de las fuerzas que se disputaban el poder.

[8] Sobre el papel de los cabildos y su proyección poscolonial, véase A. Posada, *Instituciones políticas de los pueblos hispanoamericanos*, Madrid, 1908.

[9] Véase, al respecto, F. Debuyst, *Las clases sociales en América Latina*, Madrid, 1962.

Si atendemos a la situación de México, por ejemplo, vemos que a cinco años del grito de Dolores, de 1810, los criollos estaban divididos en monárquicos contra republicanos, unitarios contra federales, conservadores contra liberales, clericales contra anticlericales, militares contra civiles. Aun en esta posición, no tomamos en cuenta los llamados grupos de presión que trabajaban en favor de los Estados Unidos, Francia, las sociedades masónicas y las diferentes subfracciones monárquicas.

El reconocimiento de la independencia de las repúblicas hispanoamericanas por los Estados Unidos, Inglaterra y Portugal tuvo una importancia psicológica enorme. Sin embargo, no hay que exagerar el influjo jurídico de esta medida diplomática; mientras España no modificara su actitud hostil y su presión sobre la Santa Alianza para que interviniera militarmente en el continente, la condición internacional de estas naciones no sería estable. A pesar de ello, los nuevos estados consideraban con optimismo su progreso político y su porvenir. Al acto de reconocimiento anterior, siguieron diversos tratados de comercio que alejaban el peligro de una asfixia económica de las nuevas repúblicas; además, las naciones integrantes de la Santa Alianza sabían que Inglaterra, con su poder naval formidable, podía oponerse a la intervención legitimista en este continente [10].

Pero, sobre todo, tendría consecuencias duraderas para el futuro el mensaje enviado por el presidente Monroe al Congreso de los Estados Unidos en diciembre de 1823, y que fue el punto de partida de las relaciones político-económicas de las naciones hispanoamericanas con Estados Unidos. En un pasaje de su discurso, Monroe afirmaba que

> era un principio, en que los derechos e intereses de los Estados Unidos estaban implicados, que el continente americano, por la condición libre e independiente que había asumido y mantenía, no podía ser considerado en el futuro como un campo de colonización por las potencias europeas.

En seguida, agregaba: «nos vemos obligados a declarar que consideraremos como un atentado a nuestra paz y seguridad todo intento

[10] Sobre el papel de las potencias europeas en relación a la emancipación de Iberoamérica, véase J. F. Rippy, *Latin America: A Modern History*, Ann Arbor, 1968.

de estos poderes por extender su sistema a cualquier parte de este hemisferio» [11].

En las relaciones interamericanas se estableció el principio del respeto de los límites vigentes durante el período colonial; fue la aplicación de la doctrina del *uti possidetis iuris*, por la que estas naciones tenían derecho al territorio que ocupaban en 1810. Este principio era, más bien, la expresión de la buena voluntad de los nuevos estados, pues no daba un fundamento jurídico claro para la solución de los numerosos conflictos limítrofes que debían surgir en los siglos XIX y XX. La inutilidad del principio aparece evidente, si se piensa que estas naciones no sabían exactamente lo que les pertenecía en 1810.

Una última reflexión acerca del período de lucha por la independencia. El período 1810-1830 vio los primeros esfuerzos para obtener la liquidación del pasado colonial en el gobierno y la sociedad. Algunas de estas medidas aparecieron prematuramente y tuvieron drástica aplicación, otras se demostraron prudentes y desafiaron las vicisitudes y peligros de los primeros tiempos. Las que tuvieron mayor significación fueron la abolición de la Inquisición, la supresión del tributo indígena, la restricción o abolición de la esclavitud, la disminución de las atribuciones del cabildo, la restricción de las funciones de la audiencia en materias estrictamente judiciales, la apertura de todos los puertos al comercio internacional, la promoción de la inmigración y la derogación de las normas que fundaban la división social de la colonia [12].

En este período vemos también surgir los primeros síntomas de anticlericalismo y el aumento de la influencia de las fuerzas armadas. Todavía, en grandes sectores de la naciente opinión pública, existe un sentimiento profundo en favor de la monarquía; más aún, en algunos estados como México y Haití se intentó el experimento de dinastías criollas, que fueron de corta duración. Pero, a medida que pasaban los años, las circunstancias fortalecieron el sistema republicano, a pesar de

[11] Una selección de los mensajes contenidos en la Doctrina Monroe puede verse en *Textos básicos de América*, selección de J. M. Cordero Torres, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

[12] Sobre las reformas político-económicas y sociales en los primeros momentos de la emancipación, véase M. André, *Le fin de l'empire espagnol d'Amerique*, París, 1922.

los desórdenes y defectos con que funcionaba. El régimen monárquico en el Brasil constituye un capítulo aparte, ya que se trataba de una dinastía de tradición secular y que gozaba del favor de la población. Pero, para entender cómo ese régimen fue implantado en Brasil es necesario dar algunos detalles del movimiento de la independencia en este país [13].

A causa de la invasión napoleónica de su reino en 1808, don João, regente de Portugal, junto con la familia real, la corte y un séquito de quince mil personas, llegó a Brasil. En medio de un recibimiento triunfal, anunció una serie de reformas, suprimiendo toda clase de restricciones a la industria y al comercio exterior; fueron fundadas imprentas, el Banco del Brasil, fábricas de pólvora, bibliotecas y colegios militares y navales.

En 1815, el Brasil entraba a formar parte, en igualdad de derechos, del «Reino Unido de Portugal, Brasil y los Algarves», con lo que abolía su estatuto de colonia. Al nuevo reino del Brasil fueron invitados inmigrantes de todos los continentes y países, no sólo trabajadores manuales para la agricultura e industria, sino también hombres de ciencia y artistas. Don João llegó a ser rey de Brasil, por derecho propio, en 1814.

Estos acontecimientos extraordinarios, el traslado de la corte real al Nuevo Mundo y el gobierno desde América de un país europeo como es Portugal, estaban llamados a tener consecuencias importantes, tanto para el Brasil como para la metrópoli; para el Brasil significaba no sólo un renacimiento intelectual, económico y científico, sino un despertar del sentimiento nacionalista y patriótico; los brasileños estaban entusiasmados con su participación en la vida internacional, como la guerra con Francia, la invasión de la Guayana francesa, la anexión del Uruguay y la posible intervención en la guerra de la independencia de las colonias españolas [14].

Pero, el reino de don João encontraba dificultades serias en la metrópoli; en Portugal, se insistía en su regreso y una fuerte oposición se había levantado contra las reformas emprendidas, sobre todo contra la

[13] *Cf.* Manuel de Oliveira Lima, *O Impero Brasileiro, 1822-1889,* Río de Janeiro, 1929.

[14] Sobre el expansionismo brasileño y su influencia en Iberoamérica en la época de la independencia, véase J. M. Bello, *A History of Modern Brasil,* Stanford, Ca., 1966.

que ponía al Brasil en un pie de igualdad con la madre patria, los portugueses, sea de la metrópoli o del Brasil, actuaron con una singular falta de tacto y sentido práctico; sólo deseaban reducir al Brasil a su antigua condición de colonia.

En Brasil estalló una revolución en Pernambuco, en 1817, que fue reprimida con dificultad y severidad; esta revolución no sólo era una protesta contra los abusos administrativos, sino que reflejaba, además, la tendencia favorable a una forma republicana de gobierno. Una crisis constitucional más seria se produjo en Portugal, que derribó al gobierno que ejercía el poder. Su resultado inmediato fue la convocación de las Cortes, la tentativa de elaborar una constitución y la petición insistente de que el rey volviese a Portugal.

Estos acontecimientos, en un principio, causaron un efecto favorable en Brasil, que fue invitado a enviar representantes a las Cortes. Durante la crisis, la posición del rey João fue vacilante, indecisa; mandó a su hijo y heredero, Pedro, a Lisboa, quien, precipitadamente, prometió que su padre aceptaría la constitución; al regreso de su hijo, el rey João, temeroso de los disturbios que se manifestaban en el Brasil y de la posible pérdida de Portugal, decidió volver a Lisboa, dejando a Pedro como regente en Brasil.

Las Cortes portuguesas adoptaron diversas medidas que tendían a colocar nuevamente el Brasil bajo la directa administración de Lisboa y ordenaban la vuelta de Pedro a Portugal. Éste recibía una invitación de los patriotas brasileños para que se quedase, y el 8 de enero de 1822 decidía permanecer en el Brasil. Esta decisión lo colocaba en abierta rebelión y a la cabeza de un movimiento que eventualmente llegaría a ser separatista; la posición del regente en ese período (1820-1822) es todavía sujeto de discusión; la opinión común se inclina a identificarlo con los que aspiraban a una constitución y ciertas reformas liberales. Durante los meses críticos de enero a septiembre de 1822, fue obligado a unirse a la facción que favorecía la independencia, ya fuese por convicción o no. Existe, además, la creencia que el rey João animó a Pedro a dirigir el movimiento de la independencia, si los acontecimientos se producían en ese sentido.

De hecho, la independencia era declarada en el Grito de Ypiranga, el 7 de septiembre de 1822, y el 12 de octubre siguiente Pedro era aclamado emperador. A pesar de que Portugal declaró la guerra a su antigua colonia, la guarnición portuguesa ofreció escasa resistencia, fue

obligada a rendirse y partir hacia Europa; poco después, se suscribía una serie de tratados en los que Portugal e Inglaterra reconocían el Imperio del Brasil. La independencia del Brasil, obtenida de un modo diferente al de los estados hispanoamericanos, no dio lugar al largo período de distanciamiento que señaló las relaciones entre España y sus antiguas colonias [15].

La formulación de los primeros documentos constitucionales

Los nuevos estados de América Latina experimentaron muchas dificultades en su intento de constituir gobiernos estables y resolver las diferencias de opinión y objetivos entre las diversas facciones políticas. Los decenios inmediatamente siguientes a la independencia política han sido frecuentemente llamados «la Edad Media» de la historia de la región, dada la extrema inestabilidad institucional.

Éste es un punto en que los autores insisten unánimemente: todas estas naciones conocieron un período de anarquía en que las revueltas eran frecuentes. Por ejemplo, en Venezuela hubo cerca de 50 revueltas en el decenio 1820-1830, aunque algunas de ellas eran de escasa importancia. En México, la caída del Imperio de Iturbide, en 1823, significó el comienzo de una serie de luchas caóticas entre los partidarios del liberalismo y de la reacción, entre los unitarios y los federales. En este sentido, Rabasa afirmaba:

> en los 25 años después de 1822, la nación mexicana tuvo siete congresos constituyentes que produjeron un acta constitutiva, tres constituciones y un acta de reformas y, como consecuencias, dos golpes de estado, abortados levantamientos en nombre de la soberanía popular, muchos planes revolucionarios frustrados y una infinidad de protestas, manifestaciones y disturbios aptos para provocar desórdenes y excitar la imaginación de las masas [16].

[15] Véase Jr. Caio Prado, *The Colonial Background of Modern Brazil*, Berkeley, Ca., 1967.

[16] E. Rabasa, *Organización política de México*, México *s.a., n.d.* También, del mismo autor, *La Constitución y la dictadura*, México, 1912.

Una de las causas principales de este espíritu de revuelta e inquietud fue la demora en lograr una decisión estable en cuanto a la forma de gobierno que se adoptaría; a pesar de los fracasos monárquicos en México y Haití, continuó una discusión acalorada, en muchos países, entre los abogados de la monarquía y de la república; aun cuando el régimen republicano se encontraba firmemente establecido, la lucha continuaba entre los partidarios del federalismo y del unitarismo, entre los radicales, liberales y conservadores.

Otra causa de la disensión profunda, a la que ya he aludido, se refiere a la oportunidad de romper radicalmente con el pasado colonial, o si sería mejor «republicanizar» tales instituciones como la educación, la administración y el sistema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. El hecho fue que cuando se trató de modificar la condición de la Iglesia, la lucha entre conservadores y radicales se encrespó aún más, si cabe.

En un capítulo posterior trataremos más detenidamente el problema del caudillaje, que tan profundas consecuencias ha tenido en la evolución de las instituciones constitucionales, ya que sería irreal pensar que la supremacía de los militares en la política fue aceptada sumisamente por los elementos civiles. Esta rivalidad ha sido erróneamente bautizada como la lucha entre el personalismo y el legalismo gubernamental; decimos erróneamente, ya que el personalismo no fue una característica única del gobierno militar, y el respeto de la legalidad, un monopolio de los llamados gobiernos civiles [17].

Los problemas económicos que tuvieron tanta parte en el descontento de los criollos durante el pasado colonial constituyeron, desde un principio, una herencia gravosa que la débil base financiera de los nuevos estados era incapaz de afrontar; si a esto se agregan las destrucciones bélicas, la manutención de los ejércitos y la liberación del tributo a los indígenas, se comprende bien cómo las nacientes repúblicas debían depender de un auxilio externo para subsistir. La apertura de los puertos al comercio internacional no significó un alivio inmediato, pues, para lograr los frutos de esta medida era necesario, en primer lugar, establecer un sistema comercial e industrial capaz de competir en los mercados internacionales.

[17] Sobre el fenómeno del caudillismo, véase J. Lynch, *Las revoluciones hispanoamericanas. 1808-1826*, Ariel, Barcelona, 1976.

Merece la pena detenerse en el estudio de las primeras constituciones que fueron elaboradas en este período; aunque no siempre eran observadas en su letra y espíritu, permiten conocer cuáles eran las aspiraciones políticas, la tendencias y las controversias suscitadas. Algunos jefes del movimiento independentista conocían el desarrollo constitucional de los Estados Unidos y Francia y las normas de elaboración de los documentos constitucionales. Así, por ejemplo, la traducción hecha por Nariño de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano y la que hizo Pombo de diversas constituciones de los estados de América del Norte sirvieron de modelo para las normas que se fueron desarrollando en este primer período.

Los nuevos estados estaban poseídos de un verdadero frenesí por adquirir pronto un documento constitucional; era una idea generalizada que las buenas leyes hacen buenos a los pueblos y que éstos son como arcilla blanda en manos de un modelador. Algunos de estos teóricos entusiastas, bajo la influencia de pensadores como Rousseau, Mably y Condorcet, merecen la descripción desdeñosa de Bolívar, por la que «en lugar de atender a las normas prácticas de gobierno, siguen las máximas de visionarios que, imaginando repúblicas en el aire, tratan de alcanzar la perfección política partiendo de la base de la perfectibilidad de la humanidad». Otros estadistas también llamaron la atención hacia el peligro de adoptar, en bloque, doctrinas políticas de otras naciones, sin advertir la falta de experiencia del pueblo para su autogobierno [18].

Por eso, parece necesario hacer un breve esquema de estas primeras constituciones, que muestran estas tendencias de adaptación en bloque y ayudan a comprender las causas de su fracaso. Como punto de comparación, hay que tener en cuenta, simultáneamente, que los Estados Unidos, a lo largo de los 170 años de su vida independiente, han promulgado una sola constitución, a la que se han añadido las

[18] Sobre las primeras constituciones latinoamericanas, en general, véanse las siguientes obras colectivas, publicadas por la Biblioteca de la Academia Nacional de Historia de Venezuela, Caracas, entre 1955-1957, conmemorativas del sesquicentenario de la independencia venezolana: *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830*, 5 tomos, vols. 40-44 de la colección. *El pensamiento constitucional hispanoamericano (1810-1830)*, 5 tomos, vols. 47-51 de la colección. También es útil el trabajo de J. Arosamena, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*, 2 tomos, Caracas, 1939.

correspondientes enmiendas, en las que se precisa el sentido y el ámbito material de aplicación de los principios indicados en el texto original.

Es comúnmente admitido que los redactores de la Constitución venezolana de 1811 recibieron un fuerte influjo de los Estados Unidos y Francia. Gil Fortoul indica que el sistema federal fue imitado del existente en los Estados Unidos, mientras que la influencia francesa fue preponderante para la adopción de los derechos del hombre y la expresión de algunos postulados humanitarios. Parra Pérez va más allá aún y sostiene que todas las disposiciones relativas al Congreso Nacional, administración, defensa nacional y comercio fueron copiadas de la Constitución de los Estados Unidos. Pero, es necesario recalcar algunas diferencias: la religión católica es declarada oficial y la única que debe ser profesada públicamente; el Senado es elegido en proporción a la población, a base de un senador por cada 70.000 habitantes o por fracción mayor de 30.000; se da derecho a las legislaturas provinciales para revocar a los miembros del Congreso y nombrar otros en su lugar.

El capítulo consagrado a los derechos del hombre fue dividido en cuatro secciones, bajo los siguientes títulos: la soberanía del pueblo, los derechos del hombre en sociedad, los deberes del hombre en sociedad y los deberes del cuerpo social. La Constitución francesa de 1791 es evocada en la disposición que afirma que «nadie es buen ciudadano si no observa las leyes fiel y religiosamente; si no es buen hijo, buen hermano, buen amigo, buen marido y buen padre de familia». Se adoptó la cláusula de que «los gobiernos habiendo sido instituidos para el bienestar y la felicidad de los hombres, deberá la sociedad coadyuvar a tales fines, auxiliando a los individuos indigentes e infortunados y procurando instrucción a todos los ciudadanos». Muchos privilegios fueron abolidos, entre ellos el fuero eclesiástico y los títulos de nobleza.

Venezuela era un Estado federal en que cada provincia reservaba su soberanía, libertad e independencia en todo lo que no era delegado a la autoridad federal; nuevas provincias podían formarse de las actualmente existentes o agregarse, gozando de la misma autonomía. El gobierno federal fue investido de jurisdicción en las relaciones internacionales, la defensa común, la preservación del orden público contra conmociones internas o agresiones externas, para el mantenimiento de la forma republicana de gobierno en la federación y cada una de las

provincias. Esta constitución reconocía la separación de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial [19].

A pesar de los desórdenes y de los fuertes sentimientos separatistas que prevalecían en diversas regiones de Colombia —entonces llamada Nueva Granada— en 1811 fue adoptada una constitución —Constitución de las Provincias Unidas de Nueva Granada, 1811— que establecía la forma federal de gobierno; tenía carácter provisional, esperando una mejor oportunidad para formular una constitución que regulase definitivamente los problemas de la defensa común y de los derechos y obligaciones de las provincias. Sólo se creaba un órgano del gobierno federal, el Congreso, a pesar de que éste estaba autorizado para crear cortes judiciales. Tres años más tarde, en 1814, una reforma añadió la potestad ejecutiva, colegial, compuesta de tres miembros, bajo un presidente que servía por un período de cuatro meses.

En el documento original, las provincias se garantizaban mutuamente su independencia y la forma republicana de gobierno; designaban los delegados al Congreso, pagaban sus salarios y podían revocarlos a voluntad. Además de la facultad de legislar en materias de interés local y en aquellas no expresamente delegadas al Congreso federal, las provincias tenían el derecho de elaborar sus propios códigos civil y criminal [20].

Sin ningún ánimo de protagonismo, me parece adecuado recordar aquí, en síntesis, la Constitución gaditana de 1812 que, redactada por las Cortes de Cádiz, tuvo influjo profundo en la América española, especialmente en las naciones del norte; además, participaron en los debates de su elaboración diputados de las colonias de Filipinas, Cuba, México, Venezuela, Perú, Argentina, Guayaquil (Ecuador), Honduras, Nueva Granada, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, Puerto Rico, Santo Domingo y Uruguay. Esta constitución estuvo en vigencia desde 1812 hasta 1814; y, de nuevo, en 1820, en las regiones que aún se encontraban bajo el control de las fuerzas españolas.

Muchas disposiciones de esta constitución fueron más tarde incorporadas en las constituciones de los países hispanoamericanos, e in-

[19] *Cf.* A. R. Brewer-Carias, *Las Constituciones de Venezuela,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. También L. Mariñas Otero, *Las Constituciones de Venezuela,* Eds. Cultura Hispánica, Madrid, 1965.

[20] *Cf.* D. Uribe Vargas, *Las Constituciones de Colombia,* 3 vols., Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1985.

fluenciaron grandemente el pensamiento político del hemisferio en la primera mitad del siglo pasado. Los capítulos que tuvieron un mayor eco son los que tratan de la nacionalidad y ciudadanía, que declaran la religión católica religión del Estado, definen las funciones y potestades de los diversos órganos del poder y formulan el proceso de elaboración de las leyes.

Una característica peculiar de la constitución española fue el método adoptado de elección indirecta de los miembros de las Cortes o Parlamento, más tarde imitado por varias constituciones latinoamericanas. Los ciudadanos electores en cada parroquia eligen los electores provinciales, quienes, a su vez, se reúnen y eligen los miembros del Parlamento.

Entre los poderes de las Cortes se contaban los de proponer y elaborar las leyes, interpretarlas y revocarlas en caso necesario; aprobar el presupuesto nacional y fiar el importe de las contribuciones; establecer un plan general de la educación pública y proteger la libertad de prensa. La constitución proveía la formación de una comisión permanente de las Cortes, compuesta de siete personas elegidas entre sus miembros; mientras el Parlamento no estaba en sesiones, debía velar por la observancia de la constitución y de las leyes; podía, por derecho propio, convocar al Parlamento a sesiones extraordinarias y debía presentar al Parlamento una relación de sus actividades en la primera sesión regular de este cuerpo [21].

Si nos referimos a los primeros documentos constitucionales que aparecieron en México, cabe partir de la Constitución de Apatzingan, de 1814, que, en realidad, fue un decreto provisional, mientras llegase el tiempo en que la nación, libre de sus enemigos, pudiese dictar su constitución. Su estilo y estructura siguen los moldes franceses en la afirmación de la soberanía del pueblo, el origen contractual del Estado, el gobierno representativo y la separación de poderes.

Entre estos órganos, el más criticado fue, sin duda, el Ejecutivo colegial, sobre el que recaían las dudas que suscitaba un Ejecutivo po-

[21] Sobre la influencia del constitucionalismo gaditano de 1812 en Iberoamérica, véase J. M. García Laguardia, C. Meléndez Chávarri y M. Volio, *La Constitución de Cádiz y su influencia en América*, Cuadernos Capel, n.° 24, Capel, San José de Costa Rica, 1987.

tente y de larga duración. El Congreso era el órgano dominante con poder para elaborar las leyes, interpretarlas y derogarlas, elegir el Ejecutivo y los miembros de la Corte Suprema. Los diputados al Congreso nacional eran elegidos por un sistema complicado de elección indirecta. Se creaba una Corte especial de siete miembros, con potestad de juzgar a los funcionarios de la administración pública que terminaban su oficio; se conservaba, así, la institución del juicio de residencia del período colonial.

Esta primera constitución mexicana fue de brevísima duración y es dudoso que se haya aplicado a todo el territorio nacional y en todas sus disposiciones. Los años 1821-1823 conocieron el llamado período de transición, en que ocurrieron los acontecimientos trascendentales del Plan de Iguala —24 de febrero de 1821—, el tratado de Córdoba —24 de agosto de 1821—, la independencia e Imperio de Iturbide —18 de mayo de 1822 a 19 de febrero de 1823— y la proclamación de la república —8 de abril de 1823.

Un congreso constituyente fue convocado el 7 de noviembre de 1823, que adoptó el régimen federal y republicano de gobierno y fue incorporado en el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824 y en la Constitución del 4 de octubre del mismo año. Se optó por el federalismo después de un célebre debate entre dos sacerdotes, los padres Mier y Ramos Arispe; este último, como campeón del federalismo, fue el autor del proyecto preliminar de la constitución.

Esta constitución, en lo que se refiere a los poderes del gobierno central y local, la separación de los poderes públicos y sus atribuciones respectivas, fue una clara imitación de la vigente en los Estados Unidos. En otros aspectos se separa de este modelo, por ejemplo, cuando prohíbe la reelección del presidente y vicepresidente de la república y provee su elección indirecta por las legislaturas estatales; en la creación de una comisión paritaria de diputados y senadores para la tutela de la constitución durante los períodos entre sesiones del Congreso y su convocatoria a sesiones extraordinarias.

No contiene este texto, sin embargo, una declaración de los derechos del hombre e ignoró toda aspiración de reformas sociales; se mantuvo la condición privilegiada de la Iglesia católica y se confirmaron los fueros militar y eclesiástico. A pesar de sus méritos y la inspiración que proporcionó para las futuras constituciones de 1857 y 1917,

este documento no terminó con el período de violencias y dictaduras personalistas [22].

Por lo que se refiere a la Argentina, es sorprendente que una nación que en su lucha por la independencia no debió conocer el período de reconquista por las armas españolas haya retardado tanto la elaboración de su primer documento constitucional. Esto se explica, sin embargo, debido a las profundas divergencias de opinión acerca de la forma y funciones de gobierno. En 1812, cuando el triunvirato fue derribado, una de las acusaciones levantadas contra él fue su inercia para convocar una convención constituyente; el siguiente triunvirato llamó a tal convención, que se reunió en 1813; aunque no adoptó una constitución propiamente dicha, formuló una serie de normas destinadas a abolir algunos vestigios del sistema colonial. El poder ejecutivo fue reorganizado, designándose un magistrado único, conocido con el nombre de director de las Provincias Unidas.

La primera constitución argentina fue promulgada en 1819 por una decisión legislativa; proveía un gobierno centralizado fuerte, encabezado por un director designado por el Congreso; pero, la constitución favorecía desigualmente a la provincia y a la ciudad de Buenos Aires, por lo que era inaceptable para el resto de las provincias; algunas declararon su independencia y otras estaban dispuestas a seguir a Artigas en la banda oriental del Uruguay. En medio del caos que siguió, el gobierno de Buenos Aires cambió ocho veces en el año fatal de 1820; las propuestas de una monarquía, de la centralización bajo la hegemonía porteña, de federalismo con autonomía provincial extensa bajo el gobierno de caudillos se seguían unas a otras sin mayores posibilidades de éxito. Argentina había entrado en la Edad Media de las guerras civiles.

Desde 1820 a 1825, la situación jurídica fue de unión nominal mientras las provincias gozaban de una autonomía de hecho; los tratados suscritos entre las autoridades de las provincias hacen suponer que Argentina no era sólo una expresión geográfica. El Tratado del Cuadrilátero es un ejemplo de esta condición, por lo que las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes se prometían

[22] Véase D. Moreno, *Derecho constitucional mexicano*, Ed. Pax-México, México D.F., 1973.

mutuo auxilio y respeto de la autonomía provincial. El gobierno de la provincia de Buenos Aires, bajo la dirección de Martín Rodríguez, Las Heras y Rivadavia, adoptó una serie de reformas en el orden interno, como la abolición del cabildo, la supresión del fuero eclesiástico, la fundación de la Universidad de Buenos Aires y una ley agraria y de colonización que tuvo resultados muy satisfactorios.

En medio de la indiferencia u oposición de las provincias, se convocó un Congreso Constituyente en 1824, que elaboró la Constitución de 1826. Como este documento reconocía la forma unitaria de gobierno, fue violentamente atacado por los federalistas, especialmente en lo que se refiere a las facultades del presidente para designar los gobernadores, a propuesta de los consejos de administración de las provincias. La vida de esta constitución fue muy breve, seguida poco después de la guerra civil, la guerra con el Brasil, el trágico interludio de Dorrego y la toma del poder por Rosas [23].

La adopción de una carta constitucional en Chile fue retardada, debido a las vicisitudes de la guerra y a las profundas disensiones que dividían a los criollos. Un instrumento provisional fue aprobado en 1812, que ponía el Ejecutivo en manos de una junta de tres personas y daba poderes legislativos a un senado de siete miembros y al cabildo de Santiago. Con la victoria de Maipú y la declaración de la independencia de 1818, se prepararon las bases para la reunión de una asamblea constituyente.

La constitución fue ratificada por un plebiscito y promulgada el 23 de octubre de 1818. Esta constitución legalizaba la dictadura de Bernardo O'Higgins, el libertador de Chile; como director supremo, se le confiaba la jefatura de las fuerzas armadas, la administración del tesoro y el manejo de las relaciones internacionales. El senado, único embrión de poder legislativo, compuesto de cinco miembros, era designado por el director supremo; las cortes de justicia y el sistema colonial de administración local no sufrían modificaciones. Esta constitución estaba destinada a tener una vida brevísima y terminaría junto con el gobierno de O'Higgins.

Su sucesor, el general Ramón Freire, proveía a la promulgación de una nueva constitución, que fue obra original de Juan Egaña; sus ca-

[23] Véase F. J. Legón y S. W. Medrano, *Las Constituciones de la República Argentina*, Eds. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

racterísticas generales son la centralización administrativa, el Ejecutivo débil y el Senado poderoso, de composición aristocrática. La constitución puso la base para los conflictos permanentes entre el director Freire y el Senado; pero, no sólo estaba en discusión el equilibrio de los poderes sino, además, los problemas de solvencia económica, la tolerancia religiosa, el liberalismo y el federalismo.

Derrocado Freire, el Congreso de 1826, bajo la dirección de José Miguel Infante, se declaraba en favor del sistema de gobierno federal. Después de consultar a las provincias, fue promulgada la constitución federal, que no llegó a aplicarse íntegramente. El experimento federal fue un fracaso de tales proporciones que en Chile no ha vuelto a proponerse nuevamente. Dos años después era reemplazada por una nueva constitución de tipo unitario, debida a la redacción de un jurista español, José Joaquín de Mora. Declara que la religión católica es la única que puede ejercerse públicamente, pero que nadie puede ser molestado por sus opiniones privadas. Las provincias tendrían asambleas autónomas, pero serían administradas por intendentes designados por el presidente de la república a propuesta de las asambleas; el presidente de la república, elegido indirectamente por cinco años, no podía ser reelegido para el período siguiente. Aunque el Ejecutivo estaba sujeto a ciertas restricciones, tenía suficiente poder para una administración efectiva de los negocios públicos.

Pero, como en esta constitución se proveían diversas formas sociales, a las que se resistían con ahínco los conservadores, su aplicación provocó la guerra civil, que terminó con el triunfo de éstos y la inauguración de la «República autocrática». La consecuencia jurídica de este triunfo fue la adopción de una nueva constitución, en 1833. Este documento fue elaborado después de estudios concienzudos para que estuviese de acuerdo con la realidad política de la nación y no conociese la breve duración, que había sido el signo distintivo de las constituciones precedentes. Su principal inspirador fue Mariano Egaña.

La constitución establece la forma unitaria de gobierno y la división de los poderes públicos. El poder legislativo era ejercido por un Congreso bicameral: la Cámara de diputados elegida directamente por el pueblo, y la de senadores, por una sistema indirecto. El sufragio era restringido; sólo podían votar los ciudadanos que supiesen leer y escribir; podían ser elegidos los que poseyesen algún bien raíz.

La intención de los constituyentes fue evitar la anarquía interna y, con este fin, crearon un Ejecutivo poderoso. El presidente de la república, elegido por un período de cinco años y reelegido una vez, como jefe supremo de la nación, estaba encargado de mantener el orden público, procurar la observancia de la constitución y de las leyes y asegurar la integridad de la nación contra ataques externos. Nombraba y removía a voluntad los ministros de Estado, consejeros de Estado, diplomáticos, intendentes y gobernadores; en caso de desórdenes públicos, con autorización del Congreso o del Consejo de Estado, si el Congreso no estaba en sesiones, podía declarar el estado de sitio, suspendiendo transitoriamente las garantías constitucionales. Estas potestades extraordinarias del Ejecutivo debían ejercerse sin contrapeso por 40 años.

La constitución dejó intacta la administración de justicia heredada del régimen español; la supresión de las asambleas provinciales creadas por la Constitución de 1828 estableció un sistema administrativo fuertemente centralizado. Las divisiones territoriales eran las provincias, a cargo de un intendente; los departamentos, de un gobernador; las subdelegaciones, de un subdelegado; los distritos, de un inspector. Estos funcionarios constituían una jerarquía política; todos eran designados por el funcionario inmediatamente superior en la escala y eran considerados como los agentes naturales e inmediatos del presidente de la república. Los consejos electivos de las municipalidades tenían poderes sumamente restringidos y su acción podía ser anulada bajo el pretexto de que era contraria al «interés público».

Con algunas modificaciones, este texto permaneció en vigor hasta 1925; en este período, Chile adquirió una reputación de sólida estabilidad institucional. El objetivo principal de sus redactores era la conservación del orden interno, así como mantener el predominio de la aristocracia. Si esta constitución significó la estabilidad interna del país, por otra parte, provocó un estancamiento de la dinámica democrática, por su centralización y escasa participación del pueblo en la génesis y gestión de los negocios públicos [24].

[24] Sobre Chile, véase el tomo II de la obra colectiva *El pensamiento constitucional en Latinoamérica hasta 1830* (Colombia, Costa Rica, Chile), vol. 41 de la colección publicada por la Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Venezuela, Caracas, 1955.

La capitanía general de Guatemala, que había sido anexionada al Imperio de Iturbide, dio un paso importante en su organización en 1823, año en que nace la Federación de Centroamérica. El 2 de julio, representantes de las cinco provincias, Guatemala, Honduras, El Salvador, Costa Rica y Nicaragua declaraban que formaban una asamblea nacional constituyente y que en ésta residía el ejercicio de la soberanía. Emanando reglas provisorias, este cuerpo anunció la formación de un gobierno con los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial. La nueva república se llamó «Provincias Unidas de Centroamérica» [25].

De acuerdo con la constitución definitiva, en vigor desde 1825, esta organización tendría un gobierno federal, popular y representativo, y todos los poderes no conferidos a las autoridades federales serían ejercidos por las provincias. La religión oficial era la católica, y la esclavitud y comercio de esclavos eran abolidos. El electorado tendría sólo poderes indirectos, actuando en tres estadios. La parroquia elegía electores, uno por cada 250 habitantes, que formaban la convención del distrito. La convención elegía delegados, uno por cada diez miembros, a la convención departamental que, a su vez, elegía el presidente y vicepresidente de la federación, los miembros del Congreso y de la corte suprema.

El poder legislativo fue una institución original. De acuerdo con la letra de la constitución, sería unicameral: la Cámara de Representantes. Pero, al mismo tiempo, existía un Senado, compuesto de dos miembros por cada provincia; compartía el poder legislativo, pero carecía de iniciativa para promover las leyes, que sólo podían tener su origen en la Cámara. El presidente de la federación carecía del poder de veto, que correspondía al Senado; dentro de diez días de la recepción de un mensaje de la Cámara, el Senado podía devolverlo, rechazándolo porque la constitución era violada por tal proyecto o éste era contrario a los intereses del país. Si la Cámara insistía por una mayoría de los dos tercios de sus miembros, el proyecto se convertía en ley.

Aunque algunos autores, como Bancroft y Moreno [26], han afirmado que esta constitución estaba calcada de la de los Estados Unidos,

[25] Véase R. Gallardo, *Las Constituciones de la República Federal de Centro América*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

[26] *Cf.* L. Moreno, *Historia de las relaciones interestaduales de Centroamérica*, Madrid, 1928.

las diferencias son más marcadas que las analogías; si bien es cierto que Centroamérica adoptó el federalismo, la causa fue el sentimiento agudo de autonomía que prevalecía en las provincias; por lo demás, la constitución del poder legislativo difiere completamente de la de la República del Norte.

Por lo que se refiere a Uruguay, hemos de considerar que los redactores de esta constitución tuvieron la ventaja de contar con experiencias constitucionales americanas anteriores, las Constituciones de Estados Unidos, Argentina y Chile, y los influjos de estas fuentes son evidentes. Es uno de los documentos constitucionales más notables que ha conocido la América Latina y perduró hasta 1919. En primer lugar, suprimió los cabildos, aunque no fue capaz de proveer un sustituto adecuado con poderes suficientes para llenar funciones de importancia local. En seguida, la constitución ha sido criticada porque atribuye mucho poder al Ejecutivo; pero, el texto del documento no autoriza esta acusación; los excesos en el ejercicio del Ejecutivo han sido claramente abusos de poder. Los Ministros del Ejecutivo eran responsables ante el Congreso, que gozaba de un derecho de interpelación y censura. El presidente de la republica no podía ser reelegido [27].

La influencia del pensamiento bolivariano sobre el constitucionalismo iberoamericano es un punto que merece destacarse más por su singularidad que por su trascendencia. Bolívar expresó en muchas cartas, documentos oficiales y discursos, las ideas y principios que quería ver incorporados en las constituciones de América Latina, especialmente de las naciones que él había liberado. Aunque era un soldado de profesión, probado en la derrota y en la victoria, fue siempre más que un simple *condottiero* militar; fue un administrador, un líder político y un creador de instituciones. En esta última condición, sufrió desilusiones amargas. Ha perdurado la fama del Manifiesto de Cartagena (1812), de la Carta de Jamaica (1815), del discurso de Angostura (1819), de la Constitución de Bolivia (1826) y sus comentarios a la Constitución de Cúcuta (1821) [28].

[27] *Cf.* H. Gros Espiell, *Las Constituciones del Uruguay,* Eds. Cultura Hispánica, Madrid, 1978.

[28] Véase V. A. Belaunde, *Bolivar and the political thought of the Spanish American Revolution,* The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1938.

El primero de estos documentos, el Manifiesto de Cartagena, es una explicación del colapso de la primera república de Venezuela, al mismo tiempo que da una idea del sistema de gobierno apto para un Estado nuevo y sin experiencia. El desastre que provocó la extinción de la primera república no se debió tanto al poder de los ejércitos realistas cuanto a la debilidad e incompetencia del gobierno constituido en 1811; fue una demostración trágica de la importancia de que la forma de gobierno se adaptase al temperamento y educación del pueblo en tales circunstancias [29].

El pensamiento político de Bolívar acerca de las constituciones y formas de gobierno lo encontramos, principalmente, en el discurso de Angostura y en el proyecto de constitución para Bolivia. Antes de analizar sus recomendaciones, es útil sintetizar algunas de sus ideas políticas. En Angostura, se pronunció contra la perpetuación del gobierno unipersonal, pues conduce a la ruina del gobierno democrático y es el origen de la usurpación y de la tiranía. Los principios básicos del gobierno son la soberanía del pueblo, la división de los poderes, las libertades ciudadanas y la abolición de la monarquía y sus privilegios.

También previno a sus conciudadanos contra la infalibilidad de los sistemas, pues la experiencia muestra cuán difícil es gobernar a los hombres a base únicamente de la ley. En el ámbito del gobierno deben cultivarse las virtudes cívicas, promoverse el progreso de la industria, de la educación popular, y los diversos tipos raciales deben fundirse en una sola comunidad, gozando todos sus miembros de la igualdad política; de otra manera, los códigos y sistemas de gobierno tendrán poco influjo en el pueblo y en la sociedad.

Para obtener estas finalidades, tanto las libertades populares como los poderes del gobierno deben restringirse igualmente; pero los poderes del Estado, aunque separadores, deben ser suficientemente fuertes para cumplir las finalidades para las que fueron creados; escéptico acerca de las teorías puras de gobierno, Bolívar declara: «no debemos nunca olvidar que la excelencia de un gobierno no reside en su teoría, forma o mecanismo, sino en que se adapte a la naturaleza y carácter del pueblo para el que se constituye».

[29] Sobre Bolívar y el pensamiento político-constitucional bolivariano, véase C. F. Trigo, *Las Constituciones de Bolivia,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

En el discurso de Angostura, favorece un gobierno unificado o centralizado por su simplicidad, expedición en la acción y adaptación al pueblo; en su opinión, el Ejecutivo deber ser unipersonal y su jefe, elegido directamente por el pueblo o por sus representantes; propicia un poder judicial independiente, como un remedio a los abusos que el pueblo sufría de las audiencias españolas en las colonias. En lo que se refiere al poder legislativo, constaría de una Cámara de Representantes, que se consideraría como la «voz del pueblo»; el Senado sería un cuerpo hereditario, de índole neutral, para equilibrar la potencia de la cámara electiva; los futuros senadores serían preparados en una escuela especial.

Otra innovación era la creación del cuarto poder, del «poder moral», una reminiscencia del *areópago* de Atenas y de los censores de Roma. Este órgano debía velar por la educación de la juventud, promover la cultura general y denunciar la ingratitud, falta de patriotismo, violaciones de la constitución y actos contra la decencia pública.

El Congreso de Angostura no aceptó el Senado hereditario o el poder moral, dada su impracticabilidad y espíritu antidemocrático; pero muchas otras de sus recomendaciones fueron adoptadas y aplicadas en Venezuela y, más tarde, en la Gran Colombia. El Congreso de Angostura aceptó, el 24 de mayo de 1819, el oficio vitalicio para los miembros del Senado, e incorporó en este órgano a los obispos como miembros honorarios; pero esta norma del oficio vitalicio fue de corta duración, ya que la Constitución de Cúcuta de 1821 adoptó el período de ocho años, renovándose la mitad del Senado cada cuatro años.

Por invitación de la nación que llevaría su nombre, Bolívar, en 1826, aceptó redactar una constitución, que envió acompañada de una larga exposición y defensa. La constitución fue promulgada, pero con numerosas modificaciones. Entre sus disposiciones, aparece aquella que divide el poder supremo del Estado en cuatro ramas: electoral, legislativa, ejecutiva y judicial.

En defensa de esta distribución del poder, Bolívar escribía:

> El proyecto de constitución para Bolivia divide los poderes del Estado en cuatro, no significando esta adición de un poder una complicación ulterior respecto a la división clásica [...]. Me ha parecido no sólo apta y útil, sino también fácil, para garantizar a los representantes inmediatos del pueblo los privilegios que los ciudadanos de cada

provincia, departamento o cantón más puedan desear. No hay nada más importante para un ciudadano que la elección de los legisladores, magistrados, jueces y sacerdotes. Los colegios electorales de cada provincia representan sus propias necesidades e intereses y sirven como agentes de protesta contra las infracciones de las leyes y los abusos de los magistrados. De esta manera, hemos puesto un nuevo peso en la balanza contra el Ejecutivo y el gobierno ha obtenido mayores garantías, popularidad y nuevos títulos para su calificación de gobierno democrático [30].

El poder legislativo está compuesto de tres ramas, el tribunado, de cuatro años de duración, el Senado, de ocho, y los censores, que son vitalicios. El Congreso, en sesión plenaria, elige al presidente y participa en la designación de los otros funcionarios de mayor categoría. El objetivo de esta organización legislativa era evitar los conflictos y puntos muertos, tan frecuentes en el esquema convencional; para lograrlo, las funciones de las cámaras respectivas fueron claramente especificadas.

Los tribunos tendrían la iniciativa en materias tales como la división territorial de la república, impuestos y control de gastos, emisión de moneda, pesos y medidas, declaración de guerra y conclusión de tratados de paz, nacionalidad y ciudadanía, y amnistía. El Senado tenía las atribuciones de elaborar los códigos, reprimir las infracciones a la constitución, proponer listas —que debían ser sometidas a los censores— de jueces, arzobispos y prelados, y confirmar los nombramientos de prefectos, gobernadores, corregidores y todo lo referente al patronato. Los censores debían procurar, también, la observancia de la constitución, leyes y tratados; podían acusar ante el Senado a los funcionarios del Ejecutivo por tales infracciones, debían promover las ciencias y las artes y podían decretar honores públicos.

El vicepresidente y los ministros gozaban de la facultad de asistir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero carecían del derecho de voto. Los proyectos aprobados por los tribunales eran enviados al Senado, y siendo adoptados por éste, se remitían al Ejecutivo para su promulgación. En caso de rechazo por el Senado o persis-

[30] Véase M. V. Villarán, «Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar», en *Revista Universitaria,* Lima, 1916.

tencia en el rechazo, el proyecto era enviado a los censores para la decisión final. Los proyectos originados en el Senado se enviaban a los censores, así como los de éstos eran enviados al Senado. En ambos casos, cuando no se obtenía un sufragio positivo, el proyecto se sometía al tribunado. Todos los proyectos se enviaban al presidente, que tenía un plazo para su examen y podía devolverlo al Congreso con la recomendación de una ulterior consideración.

Quizás la más famosa disposición era aquella que prescribía un presidente de la república vitalicio; éste nombraba el vicepresidente que debía ser confirmado por el Congreso. Este magistrado, en vez de ser una figura decorativa como en otras naciones, era el jefe del servicio administrativo, para que adquiriese experiencia en el manejo de los asuntos públicos, en caso de suceder al presidente; si el vicepresidente era incapaz, el presidente podía removerlo; en caso contrario, lo sucedía como si se tratase de una dinastía.

De esta manera, se evitaban elecciones en la sucesión del jefe del poder ejecutivo, que eran consideradas por Bolívar como la peste de la república, factor de anarquía y el modo más seguro de llegar a una tiranía. De acuerdo con las teorías de Bolívar, el presidente tendría las mismas facultades que el jefe del Ejecutivo en los Estados Unidos; pero si se toman sus recomendaciones en sentido literal, tenía menos poderes.

La potestad judicial sería independiente y los jueces inamovibles durante su buena conducta; el jurado se instituía para las causas criminales.

La administración interna era centralizada, con departamentos regidos por prefectos; las provincias, por gobernadores; los cantones, por corregidores. Estos funcionarios eran elegidos por el Senado, de listas propuestas por el poder electoral. La adopción de este plan y su aplicación práctica hubiese significado que el Ejecutivo tenía un control escaso de la administración interna.

Como ya dije, este proyecto notable de constitución fue adoptado con modificaciones por el Congreso, pero sólo duró dos años. En muchas de sus disposiciones era contradictorio, con declaraciones de principios hechas precedentemente por Bolívar; sobre todo, en lo que se refiere a un poder ejecutivo débil y plural, sin poder para controlar la administración y sujeto a numerosas trabas legislativas y judiciales. El período vitalicio del presidente es una contradicción abierta con los te-

mores que el Libertador había expresado solemnemente acerca de la permanencia larga de la misma persona en el poder.

En el período que va desde 1825 a 1828, para consolidar la paz interna y preservar los frutos de la victoria y para afrontar los peligros de la situación internacional, Bolívar concibió la idea de una Federación Andina de los estados que había liberado; pensaba que la Constitución boliviana era apta para este propósito. Después de muchas modificaciones en el proyecto, le dio la siguiente forma final: sería una federación que comprendería siete estados: Bolivia, Arequipa, Lima, Ecuador, Cundinamarca, Cartagena y Venezuela. La jurisdicción de los gobiernos locales se extendía a todos los negocios públicos, a excepción de las relaciones internacionales y de la guerra, que eran incumbencia de la federación. En su organización interna, todos los estados constituyentes serían unitarios. Sin embargo, este proyecto no fue jamás realizado.

La última cooperación de Bolívar en trabajos constitucionales tuvo como escena la Gran Convención de Ocaña en 1828. Esta asamblea constituyente se reunió cuando su salud ya declinaba y la división de las facciones era tan intensa que toda acción constructiva parecía imposible; partidarios de la monarquía, de la dictadura, federalismo y unitarismo luchaban con ardor increíble para imponer sus puntos de vista. Los críticos de Bolívar lo acusan de no haber ejercido ninguna iniciativa en esta convención, de haber sido un pesimista y de que sólo aspiraba a lograr un compromiso. En su mensaje a la convención, Bolívar describía la situación caótica del país. El Gobierno era incapaz, sujeto a la prepotencia del Legislativo; la economía estaba en desorden, fundada en la injusticia y era improductiva; predominaban el faccionalismo, la anarquía y los intereses egoístas.

Como medida urgente, reclamaba un gobierno provisional, con potestad para preservar y organizar la república, pero sus adversarios creían que Bolívar quería apoderarse del gobierno y no lo aceptaron. Más tarde, parece que se inclinaba por dar a la Gran Colombia una constitución semejante a la que debía aplicarse a la Federación de los Andes; hubiese sido una federación de tres estados, cada uno con un gobierno centralizado, pero con ciertas facultades reservadas al poder federal. Como esta solución no alcanzó a reunir la mayoría de los sufragios requeridos y las otras alternativas sufrieron igual suerte, la convención se disolvió confesando su fracaso.

Las raíces de la polémica entre federalismo y unitarismo

Del examen de las instituciones que hemos hecho anteriormente, deducimos que los redactores de estas constituciones no supieron adaptarlas a la experiencia, temperamento y cultura política de los estados en cuestión. El problema que dividía más hondamente a estos redactores era el del federalismo o unitarismo. Los autores del primer sistema pretendían demostrar que éste estaba profundamente arraigado en la historia colonial; que en España, bajo una Corona común, las diversas provincias gozaban de derechos constitucionales, aun después de la unificación; que existía una tradición de autonomía local que se había transmitido a las colonias, pues la administración colonial española había sido efectivamente descentralizada; que algunas de estas colonias, como Argentina y Venezuela, sólo en el período anterior a su independencia, habían sido unificadas administrativamente bajo un virrey o capitán general [31].

Los unitarios no aceptaban este punto de vista. Sostenían que las llamadas autonomías españolas difícilmente merecían este nombre, que el federalismo era, más bien, una bandera del romanticismo, pero que carecía de toda base histórica en América.

No se puede negar que los sentimientos en favor del federalismo, al comienzo de la lucha por la independencia, se habían desarrollado fuertemente en naciones como Venezuela, Nueva Granada, Argentina y México. Esta difusión se debía en gran parte al ejemplo de los Estados Unidos; pero este ejemplo debía ser usado con cautela. En Estados Unidos, el federalismo unió antiguas colonias que previamente habían sido administradas separadamente, mientras que el federalismo en América Latina pretendía dividir lo que previamente había sido gobernado como unidad administrativa.

En algunas regiones del subcontinente, el federalismo se identificaba con liberalismo; se sostenía que la autonomía de las provincias era un contrapeso a la opresión que ejercía un gobierno central y, por lo tanto, una garantía de libertad. Esta identificación del federalismo con el liberalismo fue persistente en México, ya que aquí se trataba de

[31] Respecto de las polémicas sobre unitarismo y federalismo, véase C. Véliz, *La tradición centralista en América Latina,* Ariel, Barcelona, 1984.

un ataque enconado contra los intereses del ejército, los terratenientes y la Iglesia; y tal asimilación fue corriente también en Colombia. Es evidente que el federalismo, en teoría, no implica el liberalismo. Sin salirnos del ámbito latinoamericano, en Argentina se pretendía asentar la autonomía de las provincias por el federalismo, bajo el gobierno de un caudillo local que no gobernaría de acuerdo con los principios liberales.

Uno de los adversarios más enconados de la aplicación del federalismo fue Bolívar, aunque en teoría lo aceptaba. En el Manifiesto de Cartagena, escribía: «El sistema federal, aunque sea el más perfecto y el más apto para proveer a la felicidad de la sociedad es, sin embargo, el más contrario a los intereses de nuestros nacientes estados». Sus argumentos eran la impracticabilidad del sistema en un país inexperto en el autogobierno y recién emancipado del despotismo y su incapacidad para mantener la paz interna y refrenar el juego anárquico de las facciones. En naciones como Venezuela y la Gran Colombia, con extensos territorios, sin medios de transportes y comunicación, con una agricultura e industria en estado incipiente y sin solidaridad política, el federalismo sería una causa de decadencia y no de progreso. Éstas eran las razones que lo inducían a negar la adaptabilidad del federalismo en América Latina y a solicitar la implantación de un gobierno único y centralizado [32].

[32] Una buena contribución al estudio de las críticas de Bolívar al federalismo puede verse en el trabajo de J. Arosemena, *Bolívar: Contribución al estudio de sus ideas políticas*, París, 1928.

Capítulo IV

LA FORMULACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS JURÍDICO-POLÍTICAS INTERNAS

Factores originarios de distorsión jurídico-políítica: las tendencias caudillistas y el sentimiento reactivo/revolucionario

En el capítulo anterior vimos el interés con que los jefes de la independencia y las primeras facciones políticas afrontaron el problema de dar a las nacientes repúblicas un orden constitucional. Este interés podría inducir a pensar que el respeto a la constitución evitaría cualquier aventura que hiciese salir a estas repúblicas de su normal cauce institucional.

Sin embargo, no fue así. La región ha abundado en dictaduras y revueltas de toda índole y no es fácil señalar algún período, por breve que sea, de la historia contemporánea de Iberoamérica que haya estado completamente libre de ellas. Los nombres de Santa Ana, Benito Juárez, Porfirio Díaz, en México; de Rafael Cabrera, Justo Rufino Barrios, Estrada Cabrera y Jorge Ubico, en Guatemala; el doctor Francia y los López, en Paraguay; de Paz, los hermanos Monagas, Guzmán Blanco, Castro y Gómez, en Venezuela —sólo citamos algunas naciones y nos referimos a dictaduras no contemporáneas— llenan largos tramos de la difícil vía republicana. Para una exposición más clara de esta materia, nos referiremos, en primer lugar, a las dictaduras y, en seguida, a las revueltas [1].

[1] Sobre estas cuestiones, en general, véase G. L. Jane, *Liberty and Despotism in Spanish America*, Oxford University Press, Nueva York, 1929. También, E. Rabasa, *La Constitución y la Dictadura*, México, 1912.

El problema de las dictaduras aparece frecuentemente en la literatura jurídico-política iberoamericana. Los apologistas de estas prácticas creen que sus causas más profundas están ligadas a la evolución histórica y a la composición étnica del subcontinente; para ellos, no es un mal, sino la solución adecuada y realista del desorden y anarquía que reinarían si no se implantasen.

Para los detractores, es un mal que se ha tolerado por omisión, pacientemente, con un *laisser faire* cómodo, que iba creando paulatinamente graves impedimentos para los procesos de afianzamiento y desarrollo de la libertad, la democracia, la justicia y la civilización.

En efecto, Iberoamérica ha conocido muchos tipos de dictaduras. Bunge, entre otros, ha tratado de dar una clasificación de casos típicos. Pero ha habido dictadores que no son susceptibles de ninguna clasificación por ser únicos en su especie; tal fue Santa Ana, que dominó la escena política mexicana desde 1823 hasta 1825, dramático y espectacular en la acción, nueve veces en el oficio de presidente, poco afortunado en la guerra, contradictorio en su línea política y que, pese a contar con la oportunidad, no fue capaz de consolidar su poder en una base permanente [2].

Otro tipo ha sido el caudillo violento que instaura un régimen de terror; entre éstos, cabe citar a Rosas en Argentina, Estrada Cabrera y Ubico en Guatemala, Zelaya en Nicaragua y Machado en Cuba. Encontramos también el señor feudal sosteniéndose en el poder por un sistema de alianzas, en las que los amigos de hoy se convierten en los enemigos de mañana y viceversa; el soldado de fortuna, audaz en la guerra y que consideraba la presidencia de la república como un botín más para repartir entre sus seguidores, como Crespo. La descripción de estos tipos sería interminable y resiste cualquier clasificación [3].

Es una idea generalizada la de que el dictador latinoamericano obtiene el poder por una revuelta violenta y que su mandato se identifica con el ejercicio generalizado de la represión. Ésta es más bien la excepción. Muchos regímenes dictatoriales han empezado por elecciones más o menos legales donde el procedimiento electoral ha sido respetado.

[2] Véase A. E. Bunge, *Una nueva Argentina*, Buenos Aires, 1940.

[3] Sobre estas cuesiones, J. Ycaza Tigerino, *Sociología de la política hispanoamericana*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

De esta manera, el régimen, legal en su instauración, se convierte en despótico en su actuación posterior.

En 1890, los críticos del régimen Roca-Juárez Celman en Argentina hacían la siguiente autopsia despiadada:

> La vida nacional se encuentra paralizada en lo que respecta al funcionamiento de sus órganos regulares. Un centralismo absorbente que no hubiese sido soñado por los más fanáticos abogados del unitarismo ha sustituido nuestras formas constitucionales. El presidente de la república ejerce *de facto* la totalidad del poder público; tiene en sus manos las riendas del poder municipal, las llaves de los bancos, la tutela de los gobiernos provinciales, la voz y voto de los miembros del Congreso, y aun abusa de poder judicial; ejerce, además, la jefatura del partido político dominante e interviene personalmente en el gobierno de las provincias [4].

Se advierte, pues, cómo un régimen presidencial, elegido en forma legal, puede convertirse por abuso de la autoridad en una dictadura.

Los escritores iberoamericanos del siglo XIX han ofrecido una cantidad exuberante de explicaciones de la dictadura. No son las mismas que dan los escritores actuales, ya que dicho fenómeno ha variado en sus modalidades, usa el lenguaje de la democracia y busca identificarse, muchas veces, con las masas y los trabajadores organizados en sindicatos. En lo que coinciden unos y otros es en la opinión de que el dictador latinoamericano constituye una entidad original, por lo que no es posible asimilarlo a los dictadores que han surgido en otros tiempos y regiones.

Una descripción más o menos aproximada de la ascensión de un dictador, de acuerdo con los cánones del siglo pasado, sería la siguiente. La carrera del caudillo típico ofrece tres momentos culminantes: la etapa de la fascinación del pueblo, la etapa de la instauración de su dominación política por la fuerza y la etapa de la consolidación de su poder, usado sin límites legales.

La primera cualidad que revela un caudillo es su instinto para la dominación personal; desea consagrar su vida al servicio de la nación; posee el culto del heroísmo y no acepta oposiciones de posibles adver-

[4] Véase R. Levena (ed.), *Historia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1936-1942.

sarios. En esta primera etapa, trata de conseguir un auxilio local, basado en el prestigio de que goza entre sus allegados y paisanos, que aparecen como los vasallos de un señor feudal. En seguida, el caudillo adquiere predominio sobre otros caudillos vecinos, constituyéndose en un jefe regional; por último, en calidad de libertador, vengador o restaurador, desafía a la autoridad central y, después de una revolución, vence. Esto no quiere decir que su posición como caudillo nacional sea aceptada pacíficamente por la nación entera; para lograr este apoyo, quizás deberá recurrir a compromisos con enemigos eventuales o deberá luchar ulteriormente para suprimirlos completamente.

En la segunda etapa, como dictador ya establecido, presenta su propio estilo y manera de gobierno; para consolidar su poder, llama al pueblo a elecciones y puede hacer adoptar una nueva constitución. Una vez que el sistema ha cristalizado, el camino por recorrer es semejante; la principal preocupación del dictador es cómo afrontar y vencer la oposición. Lo importante que hay que hacer resaltar es que la dictadura en el poder pierde su dinamismo, su contacto con sus admiradores, se anquilosa, lo que, con el tiempo, puede hacer aparecer un nuevo caudillo que comience su ascensión al poder de acuerdo con las reglas ya descritas [5].

Resolviendo el problema crucial de cómo afrontar la oposición, algunos dictadores latinoamericanos han mostrado un talento maquiavélico, mientras que otros han sucumbido al primer intento de contrarrevolución. Entre los primeros, hombres como Castilla en el Perú, Guzmán Blanco y Gómez en Venezuela y Díaz en México, fueron sobresalientes. Esto nos hace comprender la razón de su larga permanencia en el poder.

[5] Este esquema no es ajeno a la realidad, pese a su aparente simpleza. De manera estereotipada ha servido para crear argumentaciones literarias sobre la figura del dictador-caudillo que han nutrido numerosas obras. Por citar las más conocidas y, a mi juicio, de mejor calidad, baste recordar las de Uslar-Pietri, *Oficio de difuntos*; Alejo Carpentier, *El recurso del método*; Augusto Roa Bastos, *Yo el supremo*; García Márquez, *El otoño del Patriarca* y, en un sentido distinto, sobre la significación del ocaso y destrucción del caudillo continental Bolívar, *El general en su laberinto*. También cabría citar a J. Ibargüengoitia, *Los conspiradores* y a numerosos autores que o bien permiten descubrir el perfil del caudillismo autoritario desde el enfoque crítico-indigenista —Amado, Azuela, Asturias, Alegría, Alcides Arguedas, José M.ª Arguedas, Gallegos...— o bien lo describen desde una óptica global novelando episodios históricos singulares, como sería el caso de Manuel Gálvez y de Jorge Amado. Todo ello formula temas de infinitas posibilidades.

En el caso de Guzmán Blanco, a pesar de la serie de revueltas y disturbios que ocurrieron, el dictador fue capaz de evitar una alianza de sus adversarios; mediante la eliminación del general Matías Salazar, antiguo amigo y conmilitón de pasados conflictos, reprimió una revuelta y consolidó su poder y prestigio. La campaña contra Salazar fue cuidadosamente preparada; junto con adquirir una cantidad considerable de armas, lanzó un documento espectacular, lleno de acusaciones contra Salazar. Todo fue preparado para que el castigo del revoltoso apareciese como un acto de justicia y no de venganza.

El gobierno de Guzmán Blanco sirve de ejemplo para mostrar cómo el tiempo de la consolidación de su poder, el septenio 1870-1877, fue también el del desarrollo de sus más relevantes cualidades de estadista, reformador y civilizador; pero sus últimos años en el cargo fueron un período de crueldad y represión, de tal forma que muchas de sus más notables realizaciones fueron ensombrecidas en esta etapa final de su gobierno.

El general Porfirio Díaz en México (1877-1880; 1884-1911) fue uno de los más sagaces en tratar con los enemigos de su poder; a algunos los compró con favores y oficios, a otros los desterró; a otros los obligó a un permanente servicio militar y, por último, varios fueron asesinados; fue un maestro en el juego del *divide et impera.*

El general Vicente Gómez en Venezuela (1905-1909), con la ayuda de una eficiente y leal fuerza armada, fue capaz de dominar la oposición, aun antes de que pasase a un estadio de actividad incipiente. Los jefes de la oposición eran encarcelados o desterrados. A tal punto llegó su tiranía que fue prohibido todo uso de armas de fuego por los civiles y se pusieron barreras en los caminos públicos para controlar el movimiento de las personas.

Esta somera descripción de algunas tácticas dictatoriales en Américan Latina nos lleva a contestar la pregunta que necesariamente surge acerca de las vicisitudes de la democracia en Iberoamérica, y que se refiere a las causas de la continua recaída en regímenes dictatoriales que ha sufrido la vida constitucional de los países del área. La respuesta no ha sido uniforme y es imposible señalar aquí las múltiples explicaciones que se han dado, prefiriendo por ello resumir las que mayor difusión y crédito han obtenido [6].

[6] En general, véase al respecto J. Lambert, *Amérique Latine: structures sociales et institutions politiques*, París, 1963.

La primera respuesta insiste en el factor racial y hereditario. Se sostiene que los españoles, portugueses, indios y negros, frecuentemente en su historia secular, ha recurrido a la violencia como un medio normal de acción política, y están acostumbrados a la sumisión a un caudillo, jefe o cacique, cuya regla es análoga a la de un dictador. Acusan, por consiguiente, al sistema colonial por haber perpetuado esta debilidad racial y por la herencia de problemas sociales, políticos y económicos que eran incentivos de revueltas y anarquías y, finalmente, hacían imperativa la dictadura.

Estos autores se consideran deudores en su explicación de filósofos tales como Taine, Spencer, Gustave Le Bon y Gobineau. En consecuencia, la tesis central de esta explicación es que ciertas razas han adquirido estos hábitos, disposición a la anarquía y sumisión a un poder personalista y dictatorial, por un largo proceso evolutivo y constituyen en ellas un condicionamiento patrimonial. El proceso para cambiar estos hábitos, necesariamente, es lento, y, si bien este grupo de autores no negaba la posibilidad de que estos pueblos superen este estadio cultural y político, piensan que este proceso aún no se ha producido.

Íntimamente unido al grupo anterior, encontramos una serie de escritores que han usado, principalmente, la psicología y antropología en sus estudios acerca de la patología de la dictadura. Este grupo también insiste en el complejo racial como un factor explicativo de las condiciones y costumbres de una sociedad determinada. Los pueblos iberoamericanos sufren una debilidad crónica, que se manifiesta en hámbitos tales como la apatía, indiferencia, indolencia, verbosidad, arrogancia, un sentido exagerado de la dignidad y un sentido teatral de lo heroico. Condiciones como la anarquía política y el desorden, personalismo en el gobierno, inestabilidad e indiferencia al respeto de las constituciones, el predominio de los generales y doctores, junto con un alto porcentaje de analfabetos, son síntomas de un pueblo enfermo, que necesita del tratamiento de un médico [7].

Otro grupo sostiene que la falta de educación y el analfabetismo predominante son la explicación adecuada de las condiciones políticas

[7] Estas ideas tienen una clara influencia del pensamiento regeneracionista español, principalmente de los conceptos socioquirúrgicos formulados por Joaquín Costa. En general, por usar de referencias autóctonas, véase A. Arguedas, *Pueblo enfermo. Contribución a la psicología de los pueblos hispanoamericanos*, Barcelona, 1910.

y del problema del caudillaje. En efecto, en términos generales, Iberoámerica es un área donde se advierten serias carencias en lo relativo a la educación popular, si bien existen enormes diferencias entre los distintos países y, dentro de cada uno de ellos, entre áreas rurales y zonas urbanas.

La conclusión que, siguiendo esta línea de argumentación, extraen estos autores es que una población con un nivel educacional tan bajo no puede participar inteligentemente en la vida pública, no puede tener un sentido de responsabilidad de sus derechos y obligaciones cívicas y se desinteresa, naturalmente, de un sistema de gobierno que no comprende. De manera que cuando esta masa participa en la vida pública activa, por un impulso natural, se fascina con un caudillo prestigioso, que puede manipularla fácilmente.

Un cuarto grupo de analistas se detiene a examinar el influjo del feudalismo político y económico como factores del caudillaje y dictadura. Esta idea era ya familiar en el siglo pasado para autores como Sarmiento y Alberdi. En Argentina, las carreras políticas de Quiroga, Rosas y Saravila muestran el origen del caudillo, individualista, romántico, dotado de una voluntad férrea y que basa su poderío en las grandes haciendas, autosuficientes, aisladas, comunidades casi feudales. Estos ranchos constituyen fuentes fecundas de caudillos, que reclutaban en ellos contingentes de guerreros o electores.

Un feudalismo similar al que existió en el Medioevo en Europa y en el Japón hasta el siglo pasado fue el que se instauró en Argentina por obra de Rosas, que era llamado el señor feudal. Organizando su propio ejército reclutado entre los gauchos de las grandes plantaciones y ranchos y uniendo a los ganaderos y exportadores de carne en una corporación informal pero efectiva, gobernó la provincia de Buenos Aires y, en seguida, el país, de acuerdo con un plan feudal, como si se tratase de su propiedad personal. Caudillos como López, Quiroga, Bustos, Ibarra y Aldao eran sus asociados y gobernadores feudales, que, después de algún tiempo, fueron deportados o asesinados en medio de las rivalidades intestinas. Si no todos los dictadores fueron terratenientes como Rosas antes de su elevación al poder, muchos de ellos lo fueron posteriormente [8].

[8] *Cf.*, sobre estas cuestiones en la época de Rosas, J. M. Estrada, *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*, Eds. Estrada, Buenos Aires, 1955.

Otro grupo de pensadores ponen el énfasis en causas y condiciones económicas. El elemento que parece más significativo es la extrema desigualdad en la distribución de la riqueza. Entre una minoría ínfima, pero rica y potentísima, y un proletariado urbano o rural desnutrido, no existe una clase media que sea un factor de equilibrio, de sana tradición. La minoría, para conservar sus privilegios, trata de retener el poder político, sin preocuparse si éste está legalmente constituido o no; aunque se trate de una dictadura, si ésta es favorable a sus intereses, la apoya.

Por último, hay un grupo de autores, que se denominan realistas, y que consideran la dictadura como la última alternativa a la anarquía y al peligro de la desintegración social. García Calderón llegó a escribir:

> La dictadura me parece el único régimen apto para las inciertas condiciones actuales. El buen tirano es el ideal del nativo de los trópicos, es decir, el civilizador energético que impone el orden, previene la desintegración social y desarrolla la industria y el comercio. Los reyes europeos, imponiéndose a la anarquía feudal y a los conflictos raciales con mano dura, formaron naciones; nuestros dictadores, cuando no han sido los exponentes de un analfabetismo barbárico, han realizado el mismo trabajo. Cualquiera que analice la historia americana no podrá negar que jefes como Rosas, Portales, Rafael Núñez, García Moreno, Castilla y Santa Cruz fueron agentes rudos de progreso y de paz [9].

Éstas son algunas de las explicaciones clásicas dadas al problema de las dictaduras latinoamericanas, si bien ninguna de ellas es plenamente satisfactoria; quizás la verdadera explicación combine elementos de estas explicaciones parciales, aunque lo que importa es no aceptar el mal de la dictadura como algo crónico, en el sentido de entender esta fase del desarrollo de las repúblicas iberoamericanas como algo que, aun superado, puede quedar latente, enquistado en el tejido social y reactivarse de improviso.

[9] *Cf.*, al respecto, J. Graciarena, *Poder y clases sociales en el desarrollo de América Latina*, Buenos Aires, 1967.

Si he considerado el fenómeno de las dictaduras caudillistas como un referente importante en la producción de las estructuras jurídico-políticas internas, no cabe prescindir de hacer alguna referencia al problema de las revueltas o golpes de Estado. El idioma español abunda en palabras para significar los medios extralegales y violentos de asegurar un cambio de gobierno: «asonada», «revuelta», «cuartelazo», «levantamiento», «sublevación», «motín», «montonera», «pronunciamiento»... El término «revolución» usado genéricamente se presta a equívocos, ya que en Europa tiene una connotación de algún elemento doctrinario, de un cambio que trascienda a las personas y se refiera a las instituciones que se juzgan ineptas para resolver los problemas sociales y económicos del presente.

Por esto, uso el término revuelta, con referencia a la acción extralegal en política que busca por medios violentos asegurar el control del gobierno. No existe en Iberoamérica país que no haya conocido la experiencia de una revuelta; algunos de ellos, muchas veces. Aun en aquellos que se piensa que han alcanzado un alto nivel de estabilidad y de proceso constitucional ordenado, la revuelta es una posibilidad que no puede ser excluida absolutamente.

Algunas causas de las revueltas son tan comunes a todos los países que generan tópicos políticos: Los partidos políticos en la oposición no aceptan los resultados de los comicios electorales y no logrando, por los medios legales, hacer respetar el veredicto de las urnas, buscan este respeto en los cuarteles. Otras veces, es el gobierno quien, a pesar del fraude y de la corrupción electoral, no logra hacer triunfar sus candidatos; recurre así a la fuerza para asegurar el continuismo, o sea, la perpetuación de un determinado sistema de gobierno, aun cambiando algunas personas que figuraban en el anterior. Desgobierno y corrupción, frustración de las aspiraciones populares, violación de la constitución y de las leyes, manejo poco satisfactorio de las relaciones internacionales, son lugares comunes que se alegan en cada revuelta [10].

Prescindiendo de otros aspectos, lo que más me interesa es ver las consecuencias jurídicas que se producen a raíz de una revuelta victoriosa; hasta qué punto los actos del gobierno revolucionario o del ré-

[10] Así, en en una visión general del problema, se expresa A. Colmo, *La revolución en la América Latina*, Buenos Aires, 1933.

gimen *de facto* pueden considerarse legales o pueden, subsiguientemente, legalizarse. Según Constantineau, tres condiciones se requieren para que una persona sea considerada un funcionario *de facto*: 1) el oficio de que trata debe tener una existencia legal; 2) la persona en cuestión debe estar en posesión de ese oficio; 3) debe detentar su oficio bajo la apariencia de la legalidad. Apariencia de legalidad o color de autoridad presuponen alguna forma de elección o designación autoritativa. Posesión de un oficio o control de un gobierno por un partido, sin ninguna autorización, constituye usurpación. La persona o personas que ejerzan el poder sin ningún título, como usurpadores, pueden actuar, pero sus disposiciones son nulas desde el punto de vista jurídico [11].

Es un hecho que la revolución victoriosa activa un gobierno *de facto* o provisional, que ejercerá el poder hasta que el jefe de la revolución sea elevado a la suprema magistratura.

Consideremos, como precedente singular, un interesante ejemplo. En Argentina, donde se ha tratado este problema a fondo, la Corte Suprema de la Nación ha intentado establecer una doctrina al respecto. En efecto, en 1930, el general Uriburu derrocó al presidente Hipólito Yrigoyen y, así, Argentina conoció la primera revolución, que provoca un cambio violento de gobierno después de 40 años. Con fuerzas suficientes para asegurar la paz y el orden, Uriburu prometió que el gobierno provisional mantendría la vigencia de la constitución y pidió al Tribunal Supremo que reconociese tal gobierno. Cuatro días después, la Corte se pronunciaba. En su respuesta, afirmaba que el gobierno controlaba fuerzas militares y de policía suficientes para asegurar el orden, proteger la vida y la propiedad de los ciudadanos y que este gobierno había declarado su intención de mantener la supremacía de la constitución y el respeto de las leyes; que la Corte reconocía validez a los actos de los funcionarios *de facto*, a pesar del defecto legal de un título, para proteger los intereses públicos y privados; que el gobierno *de facto* ejercería los poderes que la constitución confiere al poder ejecutivo y que esta facultad no podía ser impugnada ante el Tribunal Supremo con posibilidades de éxito; que el gobierno *de facto* no podía ejercer poderes judiciales ni legislativos, salvo aquellos que juzgase indispensables para cumplir las finalidades fundamentales de la re-

[11] *Cf.* A. Constantineau, *Public officials and the «de facto» doctrine*, Toronto, 1910.

volución; finalmente, que el gobierno *de facto* era un gobierno provisional «entre dos gobiernos constitucionales» [12].

Claro está que este acuerdo de la Corte Suprema argentina, pronunciado *ex oficio* y con anterioridad a que cualquier acción judicial se intentara ante los tribunales, no fue aceptado unánimemente por la jurisprudencia internacional; para algunos, fue un acto meramente político; para otros, fue inconstitucional, y para todos, en general, surgía naturalmente la muy inquietante pregunta: ¿Cuál es la diferencia efectiva, material entre un régimen *de iure* y otro *de facto*?

La situación, con otros matices, se repite en 1943. Aunque esta revolución fue un simple golpe militar, hubo una gran confusión en la opinión pública no sólo en cuanto a lo que había ocurrido, sino también, respecto a los fines de la revolución y a qué personaje asumiría la jefatura. Derrocado el presidente Castillo, el general Rawson fue designado para la jefatura provisional del Estado, pero dos días después tuvo que dejar su puesto al general Ramírez.

Tal como había sucedido en 1930, en cuanto el general Ramírez subió al poder, se planteó una petición de reconocimiento ante el Tribunal Supremo de la nación, que fue concedida; pero, en esta revolución, el gobierno provisional en funciones difería sustancialmente del relativamente moderado de Uriburu; lo mismo debe decirse de los fines perseguidos por ambos movimientos. En este último caso, existía un prolongado estado de sitio en detrimento de las garantías constitucionales; la independencia de las Cortes aparecía comprometida y los jueces eran removidos sin causa legal. Una declaración importante fue hecha por la Corte provincial de Entre Ríos, en el sentido de que un gobierno de origen revolucionario puede ser considerado *de facto*, únicamente si se compromete a respetar la supremacía de la constitución y de las leyes [13].

Es indudable que la posición de la Corte Suprema de la Nación era difícil; la continuidad legal en un período revolucionario es muy precaria. En ambos casos, en 1930 y 1943, su acción estuvo sometida a fuertes críticas, en el sentido que había reconocido la revolución, había legalizado ciertos actos que tenían un carácter claramente polí-

[12] Véase L. Viola, *El gobierno de facto y su responsabilidad*, Buenos Aires, 1935.
[13] Véase C. Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, 1946.

tico y había otorgado a un gobierno *de facto* poderes que correspondían a un gobierno *de iure.* En términos generales, sin embargo, podemos advertir que este procedimiento de buscar un reconocimiento *de iure* por los tribunales de justicia ha pretendido completarse mediante un procedimiento muy común y sumamente extendido en Iberoamérica, consistente en que el gobierno provisional reúna una asamblea constituyente, se provea de su propia ley fundamental y, así, legalice los actos de gobierno en funciones. De esta manera, empieza una nueva era en el sentido jurídico y la revolución se convierte en fuente de derecho [14].

Los elementos fundamentales de los ordenamientos constitucionales (originarios) iberoamericanos

Hemos advertido anteriormente la facilidad con que los países latinoamericanos cambian de constituciones. Así, desde el momento de la consolidación de la independencia, la práctica totalidad de los países iberoamericanos han adoptado nuevas cartas fundamentales. Algunos han tenido en la primera fase de su vida independiente —hasta mediados del presente siglo— 23 constituciones, como Venezuela; 22 Santo Domingo; 18 Haití; 16 Ecuador; otros han tenido, en cambio, largos períodos sin cambios en su ley fundamental: Argentina, 96 años (1830-1919); Costa Rica, 69 años (1871-1940).

En el caso de Venezuela, por poner un ejemplo, ha sido norma común redactar nuevas constituciones antes de enmendar las anteriores. Los nuevos regímenes, surgidos de las correspondientes revoluciones, creían que era una pérdida de prestigio gobernar con una constitución que estaba identificada con el partido opositor y derrotado. Otros países han preferido, sin embargo, recurrir al procedimiento de la enmienda constitucional. En general, es opinión común en Iberoamérica que las constituciones formales no son llevadas a la práctica. Como decía Ycaza Tegerino: «Si enfocamos el problema de la evolución de las formas políticas desde el punto de vista jurídico, debemos

[14] En este sentido, véase J. González Rubio, *La revolución como fuente de derecho*, México, 1952.

confesar que hemos caído en la más vacía y absurda abstracción, y sin contacto con la realidad» [15].

Antes de analizar las principales notas que caracterizan a las constituciones históricas (originarias) iberoamericanas, convendría reflexionar sobre los problemas derivados de su aplicación efectiva. En primer lugar, muchas de las constituciones adoptadas en el siglo que siguió a la independencia contenían principios e instituciones inspiradas en experiencias importadas de los Estados Unidos o de ciertos modelos europeos, que eran en gran medida ajenos a los intereses, hábitos, costumbres y experiencias de Iberoamérica. En segundo lugar, bastantes de estos textos contenían normas que se anticiparon en el tiempo, haciendo imposible su aplicación real, bien sea por proponer aspiraciones o ideales excesivamente innovadores, o bien por confiar el desarrollo de sus principios dogmáticos a una legislación complementaria que resultó ser de difícil promulgación. En tercer lugar, estas constituciones fueron redactadas frecuentemente como consecuencia de una victoria política, derivada de una insurrección o guerra civil. En efecto, la tendencia de la facción victoriosa a incluir en la constitución tanto sus aspiraciones sociales y políticas, como, en su caso, el programa revolucionario, implicaba que el acceso al poder de un nuevo partido, con ideales opuestos al anterior y con un programa distinto, hacía inaplicable la constitución en muchos aspectos. En cuarto y último lugar, si bien casi todas las constituciones históricas contienen un amplio catálogo de derecho y libertades públicos y de garantías constitucionales, es un hecho que para sectores sociales muy extensos, tales derechos aparecen como letra muerta y hacen recalcar, más aún, las diferencias entre el formalismo constitucional y la realidad social, material, de los distintos países del área [16].

Las cuestiones que se han indicado pueden observarse con más precisión analizando las características más significativas de los ordenamientos de arranque constitucionales iberoamericanos; me referiré, por lo tanto, a la suspensión de garantías, a los problemas derivados del régimen político y a la articulación territorial del poder del Estado,

[15] Véase J. Ycaza Tigerino, *Sociología de la política hispanoamericana*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

[16] Veáse, sobre este tema, M. Carmagnani, *Estado y sociedad en América Latina*, Barcelona, 1984.

para concluir examinando los precedentes doctrinales histórico-constitucionales más relevantes a mi juicio.

Los poderes de emergencia conocidos como suspensión de garantías, concesión de poderes extraordinarios o estado de sitio fueron sancionados constitucionalmente para afrontar graves peligros originados tanto por los enfrentamientos exteriores —supuesto de guerra— como por insurrecciones internas. Generalmente, estos poderes incluyen la suspensión de ciertas garantías, la detención temporal y el destierro de personas. Estos poderes debían capacitar al gobierno para no sólo defender el orden público en medio de una crisis o peligro actual, sino para prevenir una crisis o peligro antes que se manifieste. Así se originó el estado de sitio preventivo.

Es indudable que esta situación se presta a abusos, cuando se impide la libertad electoral de la oposición, o se prolonga de tal manera que se convierte en un instrumento ordinario de gobierno. Las circunstancias que justifican el uso de estos poderes extraordinarios —ataque exterior o desórdenes internos— se prestan a diversas interpretaciones. Respecto al ataque exterior, salvo que se trate de una clara simulación gubernamental para engañar a la opinión pública, no se duda de su oportunidad; pero, la expresión «desórdenes internos» es tan amplia que el Ejecutivo puede darle el sentido que desee.

Por tanto, resulta obvio que se hayan producido, frecuentemente, conflictos en cuanto a su aplicación. El órgano constitucional comúnmente autorizado para conceder estas facultades extraordinarias es el Congreso, ya que el Ejecutivo sólo puede hacerlo en caso de receso del poder legislativo. En este último caso, generalmente existen restricciones para que el gobierno deba consultar y obtener la aprobación de la Comisión Permanente, si este órgano existe. El presidente está obligado a dar cuenta del uso que haya hecho de este poder en la próxima sesión del Congreso o llamar al Congreso a sesiones extraordinarias *ad hoc*[17].

En los cuatro estados que gozan de una organización federal, la declaración del estado de sitio es una facultad privativa del gobierno

[17] La literatura sobre estos problemas es inagotable. En general, pueden verse J. R. Dromi, *Constitución, gobierno y control*, Eds. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1983. También, la obra de A. Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, 3 vols., Ed. de Chile, Santiago, 1963.

central. El efecto legal del estado de sitio es la suspensión de algunas garantías constitucionales; las garantías sujetas a suspensión no están especificadas en algunas naciones, como Argentina, mientras que en otras, como Cuba, aparecía en la Constitución de 1940 la lista de los derechos que pueden ser suspendidos. En uno u otro caso, esta suspensión se refiere a la seguridad personal; si el derecho de propiedad aparece afectado, se trata de una cesión transitoria del uso o usufructo; la pérdida total de la propiedad requeriría la intervención de los tribunales de justicia. El poder judicial conserva su independencia durante el estado de sitio, salvo en el caso de que el procedimiento civil o criminal se suspenda por el período prescrito para la situación de emergencia. Las inmunidades parlamentarias no pueden, en ningún caso, suspenderse.

En efecto, como decía Linares Quintana: «El estado de sitio es, probablemente, una de las instituciones que ha sufrido las mayores quiebras en su aplicación, convirtiéndose en un método eficiente de violación de la constitución». Los remedios contra la severidad del estado de sitio que hasta ahora han sido imaginados han sido ineficaces; tal fue el estado de previsión y alarma instaurado en Argentina, en 1949, que aunque daba menos poderes al presidente, podía prolongarse indefinidamente [18].

Por lo que se refiere a la influencia del régimen parlamentario en Iberoamérica, podemos advertir que su práctica, entendida como exigencia de responsabilidad ministerial ante el Congreso, nació, exclusivamente, como un medio de reducir la prepotencia del poder ejecutivo sobre las demás instituciones nacionales. Así, por ejemplo, Brasil (1824-1889), Bolivia (1931-1938), Haití en diversos períodos durante el siglo pasado y Venezuela (1870-1953) experimentaron este régimen, si bien cabe dudar de su eficacia.

En Chile, desde 1891 hasta 1924, se aplicó un sistema parlamentario rígido, a imitación del existente en Francia e Inglaterra, lo que justifica la designación de ese período como el de la república parlamentaria. A pesar de que anteriormente, desde 1843, el país había conocido una aplicación esporádica del sistema, fue la victoria de las

[18] Véase S. Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, 2 vols., Alfa, Buenos Aires, 1958.

fuerzas del Congreso en el guerra civil de 1891 la que aseguró la continuidad de este régimen. El Congreso acentuó su dominio por medio de la responsabilidad ministerial, interpelaciones, censura, obstrucciones, dilación en la aprobación del presupuesto. Las leyes de municipalidades e incompatibilidades parlamentarias contribuyeron, ulteriormente, a debilitar los poderes presidenciales. El Ejecutivo perdió el control de las elecciones y los funcionarios designados por el presidente no pudieron optar a cargos electivos parlamentarios.

En esta situación, los ministerios eran inestables; la multiplicidad de los partidos políticos requería la formación de bloques para asegurar mayorías precarias, y al consumir la mayor parte del tiempo en conspiraciones políticas domésticas, el Congreso descuidó problemas más urgentes, como la reforma administrativa y el progreso social del país. Así, a partir de 1924, la opinión pública parecía expresar que el régimen parlamentario era una institución estéril. A raíz de la Revolución de 1924 y ante la incapacidad de los militares para ponerse de acuerdo en un programa, Arturo Alessandri volvió a la presidencia de la república con el objeto de asegurar la reforma constitucional y la instauración de un régimen presidencial fuerte y eficiente.

El Uruguay conoció, también, un régimen parlamentario singular. Sin que existiese ninguna disposición al respecto en la Constitución de 1830, por obra del partido liberal, el Congreso adquirió en la segunda mitad del siglo pasado los derechos de interpelación y de censura. Por la adopción de una moción de censura, el Congreso podía obligar a su renuncia al gabinete entero o a algún ministro en particular. El presidente podía, sin embargo, disolver el Congreso y llamar a elecciones generales.

La Constitución cubana de 1940 introdujo lo que algunos han llamado un sistema semiparlamentario y otros un régimen presidencial condicionado, que era, en opinión de Cortina y García, un sistema parlamentario restringido. Según la constitución, el presidente podía libremente escoger su gabinete, ya fuese entre los miembros del Parlamento o entre otras personalidades. El gabinete, a cuya cabeza se encontraba el primer ministro, colectiva o individualmente, era responsable ante el presidente y el Congreso.

LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA ORGANIZACIÓN FEDERAL

Por lo que se refiere a la cuestión de la organización territorial del Estado, cuatro países en Iberoamérica han adoptado el federalismo: Argentina (1853), México (1857), Venezuela (1864) y Brasil (1891). Otros han conocido el sistema sólo esporádicamente, como Colombia y Chile. El problema que se ha presentado es si, de hecho, los cuatro países antes nombrados son federales. La comisión que redactó el proyecto de la Constitución argentina de 1853 daba la siguiente definición del federalismo: «El sistema federal de gobierno significa la coexistencia armónica y coordinada, dentro el mismo territorio, de dos órdenes gubernamentales diversos: el gobierno federal o central y el provincial o local». En este sistema «cada provincia retiene su soberanía e independencia y la elección de sus magistrados depende de la libre voluntad de sus habitantes; sin embargo, estas provincias son miembros de la misma familia y poseen un gobierno que las abarca a todas, las representa en los negocios internacionales, tutela su bienestar y progreso y protege su seguridad e independencia» [19].

Aunque esta definición sea exacta, no nos libera de una sensación particularmente escéptica, ya que la actuación de estos principios, en el ámbito del sistema federal, posee unas características especiales que resulta necesario destacar. Así, tenemos:

1. Sobre la delegación de poderes, la doctrina afirma que en el sistema federal, el gobierno central sólo tiene poderes delegados y que todos los demás poderes deben reservarse a los gobiernos provinciales. Éste no es el caso, ni en la constitución ni mucho menos en la práctica, tanto en Venezuela como en los otros estados; por ejemplo, la garantía de los derechos individuales y toda acción jurídica relacionada con ellos corresponde al poder central. Las leyes relacionadas con el sufragio y las elecciones han sido, también, competencia del Congreso federal.

2. Los distritos federales, en lo relativo a la localización de la capital federal y de los servicios centrales del gobierno federal, han sido

[19] Véase, al respecto, R. Bielsa, *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1959.

instituidos en cada Estado. Estos distritos pueden ser representados por parlamentarios en ambas ramas del Congreso.

3. Por lo que se refiere a las entidades territorios, algunos de estos estados, como Argentina, permiten que sean representados en la Cámara de diputados, aunque por regla general, son tutelados administrativamente por la autoridad federal.

4. Los Códigos legales son también un punto de contraste, por cuanto implican un alto grado de centralización jurisdiccional; en efecto, los grandes códigos jurídicos —civil, penal, comercial y de procedimientos— fueron elaborados por el gobierno central para su vigencia en todo el territorio nacional.

5. La participación en los ingresos federales también permite apreciar serias involuciones centralizadoras. Así, en Venezuela, los poderes tributarios de las provincias fueron restringidos y como compensación fue creado el subsidio constitucional —situado constitucional— por el que las provincias, territorios y distrito federal participan en el presupuesto federal, que se distribuye en proporción a la población. Se pretendía, con este sistema, evitar la complejidad del doble tributo, pero sólo se consiguió aumentar la vinculación financiera de las entidades territoriales al poder central.

6. Por lo que se refiere a la educación pública, todos los gobiernos federales controlan y tienen responsabilidad financiera en la educación pública de todos los grados, excepto en las escuelas elementales, pero, recientemente, aun la escuela elemental ha sido sometida al control y ayuda económica del gobierno federal.

7. En cuanto al Congreso federal, sabemos que sólo en México se concede a las legislaturas provinciales la facultad de iniciativa de las leyes ante el Congreso federal.

Lo anterior afecta a características generales del sistema federal; sin embargo, quedan pendientes fenómenos singulares que merecen una atención más detenida. En efecto, las garantías federales a los gobiernos provinciales constituyen, así mismo, un serio problema. Sin ir más lejos y a modo de ejemplo, pensemos que tanto en Argentina, Brasil y México, la potestad de intervención del gobierno central en las provincias o estados fue sancionada constitucionalmente, siguiendo de este modo la experiencia norteamericana, ya que en los Estados Unidos, por parte del gobierno federal, hay una garantía de la forma republicana de

gobierno dada a cada Estado, junto con la promesa de protección contra una invasión extranjera o conmoción interna [20].

Pero veamos estas cuestiones por partes y en función de las características peculiares de cada modelo. En Argentina, de acuerdo con el artículo 5.° de la Constitución de 1853, cada provincia fue autorizada para darse una constitución que garantizase el sistema republicano representativo, sin contravenir los fundamentos de la constitución nacional. Cada provincia tiene sus sistemas propios de Cortes, gobiernos municipales y educación primaria. Habiendo ordenado tales servicios administrativos y promulgado su constitución, el gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. Por su parte, el artículo 6.° declara: «El gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, y a petición de sus autoridades constituidas, para someterlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otras provincias». De la lectura de estos artículos se deduciría, en sentido formal, que el derecho de intervención acordado al gobierno federal es más amplio en Argentina que en los Estados Unidos.

En este sentido, González Calderón distingue entre intervenciones reconstructivas y ejecutivas. Las primeras tienen lugar cuando se viola la forma republicana de gobierno y forma parte de la intervención un programa de restauración del orden republicano; las otras proceden sólo cuando se trata de la reposición de las autoridades provinciales desposeídas [21].

Cabría preguntarse, sin embargo, cuál es la institución del gobierno federal que tiene potestad para iniciar y actuar posteriormente una intervención en las provincias. Pese a lo controvertido del tema, la opinión mayoritaria de la doctrina indica que tal función es de la competencia del Congreso, lo que concuerda con el artículo 67, sección 28, que dispone: «Corresponde al Congreso [...] hacer todas las leyes

[20] Sobre estas cuestiones, pueden verse: E. González Flores, *Derecho constitucional*, Textos Universitarios, México, 1958; H. González Oribe, *Teoría política*, Porrúa, México, 1972, y R. Mateos Escobedo, *La crisis política y jurídica del federalismo*, Ed. Veracruzana, México, 1944.

[21] Véase, J. González Calderón, *Curso de derecho constitucional*, Kraft, Buenos Aires, 1958.

y reglamentos que sean necesarios para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina».

Ahora bien, en defecto de toda legislación general que se refiera a la intervención, se deduciría que la intervención del Congreso debe ser anterior a cualquier otra intervención, por eso se ha generalizado la práctica que concede autorización al presidente de la nación para decretar una intervención durante el período entre sesiones del Congreso. Hasta el año 1907, existía la norma de que el presidente debía dar cuenta del uso de sus poderes de intervención en la próxima sesión, pero, desde el año citado, tal norma ha dejado de aplicarse [22].

En este sentido, cabe afirmar que el procedimiento para la intervención federal ha llegado a ser rutinario; el presidente de la nación firma un decreto o proclama en que designa un interventor o comisario federal, que ocupa la jefatura del gobierno provincial. Las instrucciones del presidente llegan a ser su constitución provisional, que llevará a efecto por la fuerza si es necesario, pese a que tales intervenciones cuentan con la autoridad del gobierno federal y deben, así, ser aceptadas pasivamente.

Por su parte, en Brasil, la garantía federal fue acordada, en 1891, en términos negativos:

> El gobierno federal no puede intervenir en los asuntos pertinentes a los Estados, excepto en caso de invasión extranjera o para rechazar la invasión de un Estado en otro; para mantener la forma federal republicana; para restablecer el orden y tranquilidad en los Estados, a petición de sus respectivos gobiernos; para asegurar la ejecución de las leyes y sentencias federales [23].

[22] En este caso, según González Calderón, mientras el presidente puede durante el receso del Congreso decretar una intervención de carácter ejecutivo, a petición de las autoridades provinciales o sin ellas en determinadas circunstancias, toda la intervención de carácter reconstructivo estaría sujeta a la intervención exclusiva del Congreso. Claro está que, en la práctica, las intervenciones ejecutivas por decreto han sido más numerosas que las concedidas por autorización del Congreso; de esta manera, los objetivos constitucionales de la intervención han sido subordinados a finalidades políticas, y ya no se trata de una garantía federal de protección sino de un control del Ejecutivo federal sobre las provincias. Véase, al respecto, J. González Calderón, *Curso de derecho constitucional, op. cit.*

[23] *Cf.*, al respecto, J. Alfonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Revista dos Tribunals, São Paulo, 1987.

En el proceso de consolidación política, se discutió intensamente sobre la posibilidad de que Brasil adoptase como modelo de garantía federal bien la de los Estados Unidos bien el modelo de Argentina; como se ha visto, la solución brasileña se aproxima notablemente a la de este último país. En efecto, la Constitución de 1937 —período de Getulio Vargas—, en su artículo 9.°, disponía que el interventor recibía sus poderes directamente del presidente de la república; estaba, pues, autorizado, a discreción, para intervenir en caso de invasión, restablecimiento del orden y para administrar el Estado cuando algún órgano constitucional, por cualquier razón, dejase de funcionar. En la Constitución de 1946, el poder de intervención recibió una interpretación más clara; nuevamente se atribuyó al gobierno federal y ordenado en términos negativos; se determinaron como sus objetivos mantener la integridad nacional, rechazar invasiones, poner fin a la anarquía, tutelar el libre ejercicio de tódos los órganos de gobierno, asegurar la ejecución de las sentencias judiciales, reorganizar las finanzas estatales y asegurar la observancia de la forma republicana de gobierno, la prohibición de la reelección inmediata de ciertos oficiales, la protección de la autonomía municipal y de la independencia del poder judicial. En este sentido, tanto la Corte Suprema como las Cortes electorales pueden, lo mismo que los estados, pedir una intervención. En todos los demás casos en que la intervención no sea requerida por los tribunales antes citados, el presidente debe actuar con la aprobación del Congreso; si éste no se encuentra en sesiones, el presidente debe convocarlo a sesiones extraordinarias [24].

En cuanto a México, la garantía federal está limitada en sus finalidades. El artículo 122 de la Constitución de 1917 dispone: «Los órganos de gobierno de la Unión tienen la obligación de proteger a los Estados contra los ataques externos o violencias domésticas. En este último caso, la protección será concedida, cuando la pida la legislatura del Estado o el Ejecutivo, si el órgano legislativo no está en sesiones». La omisión de la garantía de la forma republicana de gobierno, en un país donde, a lo largo de su historia independiente, se han producido en dos ocasiones experiencias imperiales, no ha sido nunca satisfacto-

[24] Véase, en este sentido, M. Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1978.

riamente explicada; y aquí se da una diferencia notable con Argentina y el Brasil, modelos en los que dicha garantía ha inducido fuertes tendencias hacia la centralización. Esta omisión ha sido atemperada en la sección 5.ª del artículo 76 de la Norma Fundamental Mexicana, en que se concede al Senado de la república el poder exclusivo para declarar cuándo los poderes constitucionales del Estado han desaparecido y deba nombrarse un gobernador provisional, que llamará a elecciones de acuerdo con las leyes constitucionales de tal Estado. La designación del gobernador será hecha por el Senado, de una lista propuesta por el presidente de la república, por una mayoría de los 2/3 de los miembros presentes y, en su receso, por la comisión permanente, siguiendo las mismas reglas [25].

La institucionalización de las comisiones permanentes y la idea de supremacía constitucional

La institución de la comisión permanente del Congreso, para actuar en los períodos entre sesiones del Parlamento, es de origen exclusivamente español. De acuerdo con la práctica común, esta comisión es elegida por el Congreso entre sus miembros, antes de la clausura de una sesión ordinaria. Algunos países no la establecieron inicialmente; otras naciones la adoptaron por un tiempo y la abandonaron después. México y Uruguay la activaron desde la inauguración del período republicano.

El principal argumento en su favor es que para ciertos objetivos, la continuidad del poder legislativo debe mantenerse y que la acción público-administrativa se puede realizar sin esperar a que se reúna la próxima sesión ordinaria del Congreso, siempre y cuando exista una

[25] La doctrina constitucional mexicana opina que el artículo 122 y otros que se refieren al derecho de intervención han sido letra muerta. En su práctica, a pesar del papel asignado al Senado, la acción y poderes del Ejecutivo han sido predominantes. Éste, por medio de su secretario de gobierno y el uso de la fuerza armada, ha ejercido un poder de intervención que no es diferente en su índole y efectos al que opera en Argentina, aunque la base legal haya sido completamente diferente. Véase, junto a los trabajos ya citados de González Calderón y González Oribe, el de S. Ortiz Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, México, 1961.

comisión que actúe como equilibrio del Ejecutivo, tutelando la sujeción de los poderes públicos a la constitución y a las leyes.

Ahora bien, los adversarios de esta comisión son más numerosos que sus defensores; se sostiene que no desempeña una función útil y que jamás ha usado sus poderes de control del Ejecutivo. Así, en Panamá y en Cuba —antes del período revolucionario— se concedieron poderes muy limitados a la comisión; en Panamá sólo fue un cuerpo consultivo del Ejecutivo, si éste pidiese su asistencia. En Cuba sólo se permitió su actuación en tiempos de emergencia; a pesar de que Cuba ha tenido tantos de estos períodos, tal comisión no llegó a actuar jamás. Otros países le atribuyen mayor importancia. Así, en El Salvador, de acuerdo con la Constitución de 1950, la comisión de nueve miembros tenía competencia para conocer materias dejadas sin resolver por la asamblea, para llamar al Congreso a sesiones extraordinarias, para iniciar proyectos de ley que serán sometidos a ulterior consideración, para decidir si hay lugar a la formación de causa criminal contra miembros del congreso por pretendidos delitos.

En Guatemala, la asamblea, antes de terminar sus sesiones ordinarias, designaba ocho de sus miembros, que junto con el presidente del órgano legislativo, formarían la comisión permanente. Sus funciones principales consistían en decidir si las inmunidades y privilegios parlamentarios han sido violados o si ciertos funcionarios del Ejecutivo, en algún modo, han transgredido las leyes; conocer materias que han sido dejadas pendientes por la asamblea cuando terminó sus sesiones y convocarla a sesiones extraordinarias cuando el interés nacional lo requiera.

En Uruguay, este órgano estaba compuesto de cuatro senadores y siete miembros de la Cámara de Representantes, encargándose de la tutela del cumplimiento de la constitución y de las leyes; en caso de violación, advierte al poder ejecutivo, si una segunda admonición se revela ineficaz y la materia es grave, convoca al Congreso a sesiones extraordinarias. El derecho de criticar y hacer advertencias ha sido de gran importancia en la historia política uruguaya; en él se basa la pretensión de la Cámara de Representantes de tener el derecho constitucional de censurar a los ministros; de hecho, puede llamarlos junto con otros oficiales del Ejecutivo para obtener informaciones y relaciones.

En México, la comisión permanente se compone de 29 miembros, 15 elegidos por la Cámara y 14 por el Senado; no existe ninguna dis-

posición para la representación proporcional de los partidos en la comisión, lo que implica una cierta dependencia de este órgano respecto del partido mayoritario tradicional. Entre sus poderes se cuenta el de convocar el Congreso a sesiones extraordinarias y designar el gobernador provisional de un Estado intervenido de entre los de la lista presentada por el presidente de la república. En caso de quedar vacante la presidencia, cuando el Congreso no está en período de sesiones, puede designar un presidente provisional; la comisión llama la Congreso a sesiones extraordinarias, para designar otro candidato o confirmar su designación. Otra facultad importante es la de suspender las garantías constitucionales, por una mayoría de los 2/3 de sus miembros [26].

Por lo que se refiere a los rasgos que definen las constituciones históricas originarias de Iberoamérica, podemos observar que sus principales características son la insistencia en el nacionalismo, el concepto de la propiedad-función social, la utópica insistencia en la reforma agraria y la legislación social, la educación política y la concreción de una expresión material de democracia.

La doctrina constitucional afirma el principio de la supremacía de la constitución como fuente del poder legal. Como deducción lógica cabe pensar, pues, que toda ley emanada del Parlamento debe conformarse a la constitución. En estricto derecho, ninguna ley o decreto administrativo pueden alterar la constitución; los cambios de la ley fundamental sólo pueden ser efectuados por el poder constituyente.

En este sentido, es cierto que todas las constituciones de Iberoamérica contienen reglas para producir o revisar sus disposiciones. En algunas ocasiones, el proceso ha sido efectivo y los cambios se han verificado de acuerdo con las normas constitucionales; sin embargo, la mayoría de éstos han resultado ser consecuencia de revueltas y no de la aplicación de las normas constitucionales. Todas las constituciones de México, por ejemplo, han sido revolucionarias en su origen. En sociedades políticas bien organizadas, las modificaciones constitucionales, parciales o totales, se hacen de acuerdo con el procedimiento establecido en la constitución vigente. En sociedades políticas en evolución, este principio de juridicidad no es observado. La cuestión de la juridi-

[26] En general, puede verse sobre este tema el libro de D. Moreno, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Pax-México, México D. F., 1976.

cidad de ciertas constituciones adoptadas durante un período revolucionario ha sido muy discutida, ya que en Iberoamérica se han adoptado constituciones de esta manera con cierta frecuencia. No obstante, la idea de un poder constituyente con potestad ilimitada y arbitraria tampoco se acepta plenamente, arguyéndose que la permanencia de la constitución social y el respeto de los principios de la ley natural no son valores plenamente disponibles ni pueden ser puestos en discusión por ningún poder constituyente [27].

Por otra parte, las funciones constituyentes del poder constituido, en lo que se refiere al poder de reforma, exigen por lo general mayorías especiales en el Congreso, tanto se trate de la aprobación de las modificaciones como para su ratificación, cuando esta acción corresponda a la legislatura.

En algunos países, la ley especifica los períodos de tiempo que deben transcurrir antes de que una encomienda sea adoptada. En general, al Ejecutivo cabe poca o ninguna participación en el procedimiento de enmienda y el presidente no puede ejercer su poder de veto en tales casos, excepto en Nicaragua. En la práctica, sin embargo, negarle al presidente participación en este proceso no significa que éste no pueda ejercer una influencia decisiva. Son numerosos los ejemplos de presidentes que, buscando una extensión de sus correspondientes mandatos, han tenido éxito obteniendo modificaciones constitucionales que los autorizaban para perpetuarse en el oficio.

En el mismo sentido, es práctica común en Iberoamérica dar rango constitucional a ciertas leyes que no forman parte de la constitución pero que, al adquirirlo, no pueden modificarse sino por el mismo procedimiento de la reforma de la constitución. Estas leyes constitutivas o constitucionales fueron práctica frecuente en Honduras, El Salvador y Nicaragua. En los dos primeros países citados, las leyes que se refieren a la prensa, agricultura, amparo y estado de sitio son constitu-

[27] Así, por ejemplo, en Argentina, estas cuestiones fueron duramente debatidas por los adversarios del presidente Perón cuando promulgó la Constitución de 1949. Perón fue derrocado en 1955 por un movimiento que intentó borrar todos los vestigios de su régimen, tratando de restaurar el imperio de la ley, la moral, la justicia, la libertad y la democracia; una de las medidas para alcanzar estos objetivos fue derogar la Constitución del 49 y poner en vigor, con ciertas cautelas, el Texto de 1853. Sobre estos temas, véanse los trabajos de J. G. Bidart Campos, *Derecho político*, Aguilar, Buenos Aires, 1967, y *Doctrina del Estado democrático*, eds., Europa-América, Buenos Aires, 1961.

cionales, y en Nicaragua, las de amparo, elecciones y ley marcial, pertenecen a esta categoría. Por otra parte, en Perú, gozan de especial y rigurosa protección las disposiciones que traten de la reelección del presidente y vicepresidentes, impidiendo la prolongación del período presidencial, estableciendo además sanciones para los que atentan contra tales modificaciones.

Desde luego, no cabe confeccionar un esquema general del proceso de enmienda constitucional aplicable al conjunto de los estados iberoamericanos; tan sólo nos referiremos a algunos casos típicos en el proceso de concreción de las correspondientes estructuras constitucionales. Así, en Argentina, la constitución puede ser enmendada parcial o totalmente; el congreso Federal declara la utilidad de tal reforma, por una mayoría de las 2/3 partes de sus miembros presentes; pero, las modificaciones propuestas sólo pueden efectuarse por una convención convocada *ad hoc.* Una ley especial prevé sanciones contra los que intenten, con el uso de la fuerza, cambiar toda o parte de la constitución. En Brasil, las propuestas para las enmiendas pueden iniciarse por un cuarto de los miembros de cada rama del Congreso o por la mayoría de las legislaturas de los estados. Estas proposiciones, después, son tomadas en consideración por el Congreso federal y deben ser aprobadas por un voto positivo de la mayoría en dos sesiones legislativas consecutivas. Sin embargo, si la proposición es aprobada por los dos tercios de los miembros de cada rama del Congreso, no se requiere una acción ulterior para ser llevada a cabo. Ninguna enmienda de la Constitución puede hacerse mientras el país esté en estado de sitio, y están prohibidas las enmiendas que tiendan a abolir la federación o la forma republicana de gobierno.

Puede entonces comprobarse, en lo que se refiere a los estados federales, cómo el procedimiento varía: mientras en Brasil los estados no gozan de la facultad de prevenir una enmienda a la constitución y en Argentina las provincias no tienen ninguna participación en este proceso, en México y Venezuela se actúa de manera semejante a como se acostumbra en los Estados Unidos. Por lo que se refiere a los estados unitarios, Chile empleaba un procedimiento flexible. La proposición de enmienda sigue la misma vía que un proyecto ordinario de ley, si bien bajo ciertas condiciones especiales: a) la proposición debe aprobarse en cada cámara por la mayoría absoluta de sus miembros; b) las dos cámaras en sesión plenaria, 60 días después de esta primera aprobación,

votan la reforma sin debate; c) el presidente puede, en este estadio del procedimiento, sugerir modificaciones y correcciones; d) si éstas son aprobadas por ambas cámaras, la proposición vuelve al presidente para su promulgación y, e) si, por el contrario, las consideraciones presidenciales son rechazadas, el proyecto primitivo vuelve al presidente, quien tiene, en un período de 30 días, la oportunidad de consultar al pueblo por un referéndum, acerca de los puntos en desacuerdo [28].

No obstante, el efecto práctico de las restricciones al procedimiento de reforma ha sido insignificante, ya que, cuando tales modificaciones son llevadas adelante por las influencias de élites que controlan al poder ejecutivo, legislaturas serviles y asambleas constituyentes prefabricadas pueden eliminar los obstáculos para una reforma constitucional. Así mismo, se sabe de casos en los que un gobierno *de facto* procede, sin más trámite, a derogar una constitución existente y pone en vigor la que apetece. Pero también es cierto que estas constituciones son de corta duración y, generalmente, si exceptuamos el caso del régimen cubano, no suelen sobrevivir por mucho tiempo al modelo autoritario que las determina.

[28] En este sentido, como ejemplos históricos singulares, cabría citar los de Uruguay y Cuba, donde los electores tienen una participación positiva en el proceso de enmienda constitucional. El sistema uruguayo permitía la iniciativa popular de un diez por ciento de los electores registrados, que enviaban su propuesta al Congreso y era sometida a la decisión del pueblo en la próxima elección ordinaria. El Congreso, en sesión plenaria, puede presentar propuestas alternativas que se someten al electorado junto con la propuesta popular. La Constitución cubana de 1940 también permitía la iniciativa popular, hecha por 100.000 electores por lo menos, ante el Congreso que se reunía en sesión plenaria y dentro de 30 días puede llamar a un referéndum o a una convención constituyente. Sumamente interesante, no sólo en el sentido del tema que tratamos, resulta para estas cuestiones el libro de Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974.



Capítulo V

ASENTAMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO IBEROAMERICANO. LA PLURALIDAD DE FUENTES. EL PROCESO DE CODIFICACIÓN

Las fuentes de influencia y las codificaciones tempranas

Como sabemos, las sublevaciones de los países iberoamericanos para conseguir su independencia se produjeron casi de forma simultánea, lo que justifica las características comunes en los nuevos ordenamientos jurídicos de las naciones que se iban constituyendo en estados libres. En efecto, como explicaba Valladão,

> los nuevos Estados proyectaron, discutieron, redactaron y adoptaron textos constitucionales antes, durante y después de sus luchas por la independencia. Y una vez que su emancipación política se consolidó, comenzaron, en el interior, la gran obra de codificación civil y penal, y en el exterior, la celebración de trascendentales tratados y convenciones que fijaron los nuevos principios fundamentales del derecho internacional público y del derecho internacional privado. La aspiración a la organización jurídica era poderosa, irresistible, general, ilimitada, y se comenzó por someter a cada nuevo Estado a un orden jurídico, fundado en el derecho constitucional, que regía en primer lugar las relaciones entre el Estado y los individuos, para pasar en seguida a las relaciones de los individuos entre sí y alcanzar en último término las relaciones recíprocas de los estados [1].

Quizás habría cabido esperar que la influencia de las legislaciones vigentes en España y en Portugal, por ser los países de origen de los

[1] *Cf.* H. Valladão, «Le Droit International privé des Etats Americains», en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International. 1952, II.* Tomo 81, Lib. Sirey, París, 1953.

colonos en Iberoamérica, tuvieran un carácter decisivo en la formación de las legislaciones de los nuevos estados. Pero no debe olvidarse que la independencia de los Estados Unidos, que acababa de finalizar en Norteamérica, así como los ideales de la Revolución francesa, que alentaban nuevas concepciones jurídicas, iban a ejercer, de un modo u otro, una decisiva influencia en la nueva vida política de los países al sur del río Bravo, incluyendo al Brasil. De modo, pues, que si bien existía un vínculo racial y espiritual y si se quiere idiomático entre estos países, ya que el español y el portugués tienen raíces comunes, el derecho francés estaba destinado a desempeñar un papel importante en muchas de las legislaciones iberoamericanas, influyendo sobre el derecho heredado de la Península y a veces introduciendo en él modificaciones sustanciales, como insiste el mismo Valladão al decir:

> Los estados latinoamericanos nacieron solidarios, puesto que lucharon por la causa común de la independencia. La tradición jurídica francesa, española o portuguesa, implantada en un medio muy diferente, con otras costumbres, por individuos de razas diversas y mezcladas, cuyas actividades se desarrollaban en regiones aún deshabitadas, no ofrecía la misma resistencia al nuevo ideal jurídico. Finalmente, la profunda formación religiosa de esos estados, tradicionalmente católicos —con sacerdotes que lucharon por la independencia—, independencia siempre proclamada bajo la invocación de Dios, ha impregnado de un gran humanismo el derecho que iban a formar los estados latinoamericanos [2].

En este sentido, y aun a riesgo de simplificar excesivamente la exposición, me parece obligado realizar una breve referencia a los fundamentos de los ordenamientos jurídicos, esencialmente en lo que se refiere a los de orden privado, de los países más significativos de Iberoamérica. De este modo, podremos apreciar con mayor fundamento tanto los contenidos y expresiones de tipo genérico —propias del sistema en sí—, como las especificidades expresadas por modelos concretos [3].

[2] H. Valladão, *Le Droit Latino-Americain*, Lib. Recueil Sirey, París, 1954.

[3] En sentido general, véase W. Burke, *Derechos de la América del Sur y de México*, 2 vol., Eds. de la Academia Nacional de la Historia de Venezuela, Caracas, 1959.

La República Argentina se rige por un Código civil que data del 20 de septiembre de 1860, y que junto con el Código civil de Chile representan los dos intentos más interesantes de codificación en América del Sur [4].

El Código civil argentino, como tendremos ocasión de ver en el epígrafe dedicado a este modelo específico, es obra de Vélez Sarsfield, y en ciertos aspectos es un texto sumamente original. No obstante, fue influenciado por el Código francés, y por algunos otros y como es el caso del proyecto español de 1851 y de la doctrina civilista alemana. Incluye aspectos consuetudinarios del derecho privado argentino y, quizás, resulte extraordinariamente largo (consta de 4.085 artículos.) demasiado técnico y abstracto en algunas ocasiones. Se completa con las notas de su autor, que justifica los preceptos. Estas notas, que figuran en la mayor parte de las ediciones del Código civil, han dado lugar a algunos conflictos sobre su valor en cuanto a la interpretación y aplicación del Código.

El Código civil argentino ha influido en las codificaciones posteriores sudamericanas, y el 19 de agosto de 1876 fue introducido en el Paraguay. Pese a todo, y casi desde su origen, existen corrientes jurídicas bastante generalizadas que pretenden lograr la reforma del Código civil. El movimiento reformador se apoya en el anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, en torno al cual existen estudios individuales e informes de asociaciones, opiniones contradictorias y discusiones doctrinales. Así, se discutió si la reforma de la legislación civil había de ser total o parcial. La comisión de estudios de la reforma designada por el Colegio de abogados y de notarios se inclinó por la reforma total.

> Los juristas que se dicen angustiados ante la eventualidad de un nuevo Código civil no pueden sentir la inquietud que manifiestan. El proyecto no destruye el presente Código civil, sino que lo afianza y vigoriza al depurarlo de frondosidad, al mejorar su ordenamiento y la redacción de sus artículos al coordinar textos antinómicos, al incorporar algunas pocas soluciones ya impuestas por nuestra jurisprudencia...

[4] Para el modelo argentino, véase, entre otros, J. Cabral Texo, *Historia del Código civil argentino*, Buenos Aires, 1920. En general, Daniel Antokoletz, *Historia del derecho argentino*, 2 vols., Buenos Aires, 1929.

Partidarios de la reforma total fueron también la sección de derecho civil del Instituto argentino de estudios legislativos y la comisión de derecho civil de la Asociación de abogados de Buenos Aires [5].

Hay que tener en cuenta que, durante medio siglo después de la declaración de la Independencia, permaneció subsistente, con algunas modificaciones, la legislación especial dada por España. El primer cuerpo de leyes que se votó y promulgó en la República Argentina fue el Código de comercio sancionado por las Cámaras en 6 de octubre de 1859 y promulgado en 8 del mismo mes y año para la provincia de Buenos Aires, el cual fue declarado general para toda la república por Ley de 10 de septiembre de 1862. Este Código, fundado en el español de 1829, el francés de 1807, el portugués de 1833 y el holandés de 1838, y que se consideró como superior a los europeos, trató de revisarse en 1873, se reformó por varias leyes sueltas y finalmente el presidente de la república encargó al jurisconsulto don Lisandro Segovia, en 1886, un nuevo proyecto, el cual se presentó al Congreso nacional en 4 de julio de 1887 y fue sancionado con grandes reformas en él introducidas en 5 de octubre de 1889, comenzando a regir en 1 de mayo de 1890. Consta de cuatro libros y un título preliminar dedicado a las fuentes del derecho mercantil (en total 1.611 artículos), y para formarse se han tenido presentes, además de los elementos mencionados, las legislaciones alemana, italiana de 1882 y belga, resultando una obra original. Algunos de sus artículos han sido reformados por Ley de 29 de agosto de 1891 sobre tasas irreductibles [6].

Lo que sí cabe recalcar es que la codificación civil en Argentina es obra de Vélez Sarsfield, quien formó su proyecto tomando de cuanto más adelantado existía entonces en la ciencia del derecho. El Código de Vélez fue sancionado en 29 de septiembre de 1869 y parcialmente reformado por Ley de 5 de septiembre de 1882, pero sin menoscabar el espíritu que le infundiera su redactor.

Por lo que se refiere a los Códigos penal y de minas, que han sufrido diversas reformas, datan de 1886 (el penal fue sancionado en 26 de noviembre de ese año, pero ya en 1880 se había hecho uno para la capital, dictándose en 4 de julio de 1884 una ley sobre excarcelación

[5] Véase *Reforma del Código civil argentino. Antecedentes, informes y proyectos*, 2 vols., Buenos Aires, 1936.

[6] Véase L. Segovia, *El Código civil argentino con su comentario en forma de notas*, 2 vols., Buenos Aires, 1930.

bajo fianza). El de instrucción criminal fue promulgado en 4 de octubre de 1888 para la capital federal, y adoptado luego por las provincias, si bien ya desde 1862 tenían los tribunales federales su Código especial de procedimientos [7].

Por la vecindad geográfica, que implica además un origen histórico común, resulta necesario referirnos a las experiencias normadoras del Uruguay. El Código civil de la República Oriental del Uruguay data de 1867. El proyecto fue redactado por Tristán Narvaja y revisado y discutido por una comisión designada al efecto. Como expresa su preámbulo: «el Código Civil Oriental, extraído de los distintos cuerpos de derecho que heredamos de España y de todos los Códigos vigentes o en proyecto de los pueblos cultos, mantiene la unidad y la lógica en sus sistema» [8]. Los códigos de Europa, los de América y en especial el de Chile, los comentarios al Código de Napoleón, el proyecto de Acevedo, el de Goyena, el de Freitas, el de Vélez Sarsfield han sido los antecedentes sobre los que se ha elaborado.

La comisión redactora del Código Oriental, de acuerdo con el autor del proyecto, se dedicó especialmente a procurar que guardase armonía con el Código de comercio, en cuanto lo permite la naturaleza diversa de las materias, y procuró reducir a disposiciones legales varios puntos de carácter doctrinal, resolviendo las polémicas de esta índole optando por las opiniones más ajustadas a los principios generales, a la equidad y a las costumbres uruguayas; sobre este particular el proyecto contiene artículos muy notables. Este Código fue reformado o, mejor dicho, reimpreso el 16 de septiembre de 1893 y refundido en 1912 por el profesor de Derecho civil de la Universidad de Montevideo Serapio del Castillo, quien incorporó a dicho cuerpo legal todas las reformas adoptadas con posterioridad a la promulgación del Código. La labor de Castillo fue aprobada por decreto del 20 de abril de 1914. Por último, comentar que las provincias tienen, constitucionalmente, el privilegio de dictar sus códigos de procedimientos; pero han adoptado el nacional de procedimientos criminales, redactando sólo los civiles y de comercio; el de la capital data de 1880 [9].

[7] *Cf.* E. Díaz, *El Código penal para la República Argentina. (Comentario de sus disposiciones)*, Buenos Aires, 1942.

[8] Véase *Código civil anotado*, Publicaciones de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1949.

[9] Véase, entre otros, Guillot, *Comentarios del Código civil*, Montevideo, 1928.

El caso de Bolivia, en lo tocante a los orígenes de su codificación civil, es relativamente simple. En 1830 se promulgó el Código boliviano, que sigue de cerca al Código francés, con algunas modificaciones [10].

Mayor entidad posee, sin duda, el modelo codificador brasileño. En efecto, el derecho civil de Brasil se inspira directamente en el de Portugal, cuya tradición jurídica continuó al proclamar su independencia. La codificación brasileña unió a esta tradición el deseo de renovación de algunas instituciones, de todo lo cual surgió el Código civil de 1916 que fue precedido de un largo período preparatorio. Texeira de Freitas y Clovis Bevilaqua pueden ser considerados como los máximos exponentes del doctrinalismo privado brasileño y verdaderos artífices de su Código civil, que representa en el derecho comparado uno de los más interesantes esfuerzos de construcción [11].

Cabe admitir que el Código brasileño sufrió la influencia del B. G. B. alemán, y, como éste, se compone de una parte general y de cuatro libros, que tratan respectivamente del derecho de familia, del derecho de cosas, del de obligaciones y del derecho de sucesiones. Altera, como puede apreciarse, el orden de exposición del Código alemán. El 4 de septiembre de 1942, por Decreto-Ley 4.657, se dictó una nueva ley de introducción al indicado Código, la cual modificó sus principios de derecho internacional privado en algunos aspectos. Su artículo 4.° dice que «cuando la ley fuese omisa, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho». Y en el artículo 5.° se sienta la interesante regla siguiente: «En la aplicación de la ley, el juez atenderá los fines sociales a que ella se dirige y las exigencias del bien común».

Como es lógico, se produjeron intentos de reforma y un Anteproyecto de Código de obligaçoes (parte general), redactado en 1941 por Nonato, Acevedo y Guimaraes [12].

O. Giribaldi, *Conceptos directivos que deben reglar la revisión de los Códigos vigentes*, Montevideo, 1945.

[10] La modificación del Código civil boliviano fue muy lenta; véase al respecto Ossorio, *Anteproyecto del Código civil boliviano*, Buenos Aires, 1943.

[11] Aquí, es obligado hacer una referencia más explícita. Fundamentales resultan al respecto las obras de Texeira de Freitas, *Esboço, 1860-1864, s.d., n/a.* También, su *Consolidaçao das Leis Civis*, 1915, 5.ª ed., N/d. Por lo que se refiere a la obra de Clovis Bevilaqua, nos conformaremos con citar su *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 6 vols., 1936-1939.

[12] En esta cuestión de la reforma del Código civil brasileño, véase P. de Lacerda

El derecho civil en Chile representa un esfuerzo de construcción nacional, muy digno de tener en cuenta, ya que frente a la posición adoptada por numerosos países sudamericanos que se limitaron a seguir muy de cerca la inspiración extranjera, los legisladores chilenos intentaron la promulgación de un Código civil original. El Código, bastante antiguo, de 14 de diciembre de 1855, entró a regir el 1 de enero de 1857 y en su redacción fue destacada la posición de Andrés Bello, que dedicó años a la obra, hasta lograr que fuese revisada oficialmente y aprobada por el Congreso [13].

Desafortunadamente, este Código es poco conocido, por lo que el autor no ha merecido el reconocimiento a que como gran legislador tiene derecho. En efecto, la obra de Bello, si bien como todas las de la época presenta un marcado sabor de inspiración francesa, se entronca directamente con el derecho histórico español y de un modo especial con nuestra Ley de Partidas. Este Código marcó una notable influencia en algunos otros de América del Sur y fue además aplicado íntegramente en el Ecuador por decreto de 4 de diciembre de 1860, y también en Venezuela en 1862, rigiendo en dicho país hasta 1867.

Sea como fuere, tanto la obra de Bello como el proceso de codificación chileno merecen un comentario más detenido. El 14 de diciembre de 1855 fue promulgada en Chile la ley que aprobó el Código civil. Dispuso esa misma ley que entraría en vigencia el 1 de enero de 1857, de tal suerte que, con determinadas reformas, rige desde entonces. A primera vista sorprende que tardara tanto la realización de una obra que siendo necesaria había sido esperada con ansias desde el afianzamiento de la independencia. Claro está que los obstáculos que se presentaron frente a esta tarea fueron considerables, cuando se observa que de las naciones americanas desprendidas de España, sólo dos, Bolivia y Perú, pudieron tener un Código civil propio con anterioridad a Chile, y con anterioridad de pocos años. Para darnos, ahora, cuenta cabal de la urgencia que había de tener una legislación civil nacional, por una parte y, por otra, de las dificultades que presentaba la empre-

(dir.), *Manual do Codigo Civil Brasileiro, 1927/30*; en la redacción de los 24 vols. que componen los comentarios intervinieron veintidós reconocidos juristas brasileños.

[13] *Cf.* A. Bello, *Proyecto de Código civil*, Eds. Nascimiento, Santiago, 1932. (Corresponden a los tomos III y V de las Obras Completas.) Muy interesantes son también sus *Opúsculos jurídicos*, Ed. Nascimento, Santiago, 1932.

sa, es menester volver la vista a aquellos tumultuosos tiempos en que se produjo la emancipación política y en que se asentaron las nuevas repúblicas [14].

Durante el período que en América denominamos colonial —sin darle sentido peyorativo al término—, rigieron en Chile, como en las restantes naciones iberoamericanas, las múltiples y viejas leyes españolas. Si ya a fines del siglo XVIII pudo quejarse Jovellanos, y más tarde Martínez Marina, de lo que llamaron «una confusa y farragosa colección de leyes», los escollos que presentaba su aplicación en América fueron mayores que en España porque a todas las leyes recopiladas se sumaban en el continente las reales cédulas, posteriores a la Recopilación de Indias y esta misma recopilación. No era siempre fácil, por esta causa, determinar si una ley que estaba en un texto general había sido o no derogada, o sólo modificada por una disposición especial indiana. A todo eso venían a sumarse los preceptos de la legislación republicana, que poco a poco iba tomando cuerpo y que obedecía a un espíritu diferente.

Algunos gobernadores republicanos, O'Higgins entre ellos, quisieron poner término a esos inconvenientes haciendo traducir los códigos franceses, que gozaban de gran predicamento, y adaptarlos de cualquier manera a la situación producida. Empero, los propios juristas —al menos los más razonables— iberoamericanos se daban cuenta de que tal importación no era procedente en países que habían sido formados por España y que habían vivido durante tres siglos bajo el imperio de las leyes y de las costumbres españolas. Pensaban, y muy razonablemente, que podía y debía inspirarse la nueva legislación en los modelos franceses, pero sin abrir entre el nuevo y el antiguo derecho una zanja infranqueable. El mérito de Andrés Bello y el de sus colaboradores chilenos fue justamente ése, lograr la solución ecléctica que no importara un rompimiento total con el pasado y que admitiera, al mismo tiempo, la entrada de las nuevas tendencias.

Inspirado en este pensamiento central, que era compartido por los restantes jurisconsultos, dio comienzo Bello, en 1831, a la tarea de componer un Código civil. Iba a emplear en ella casi un cuarto de siglo.

[14] Una obra bastante completa, para apreciar estos problemas, es la de L. Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 17 vols., Eds. El Imparcial, Santiago, 1942.

El nuevo Código civil fue recibido con gran interés no sólo en Chile, sino en los demás países americanos de lengua española. Su larga y estudiada gestación, el equilibrio de sus preceptos, el eclecticismo que presidió la consulta de las fuentes, la redacción sobria y clara que había sabido darle Bello, los avances que recogía, hizo que este texto alcanzara en el continente americano un prestigio análogo al que tuvo en Europa el Código francés. Es así como hubo repúblicas que lo adoptaron casi sin reservas, otras lo tomaron por modelo y todas los consideraron como un cuerpo de leyes digno de ser tenido como fuente de referencia, cuando no de inspiración.

Se ha dicho que hubo eclecticismo tratándose de las fuentes. En efecto, ha de reconocerse, según se desprende de las notas dejadas y del texto mismo de las disposiciones, que todo el derecho conocido en la época fue sometido a una prolija revisión para extraer de cada precepto o de cada comentario lo que pudiera ser útil. Naturalmente hubo una firme base romana, fuere ella tomada de una manera directa o a través de las Partidas o de otras leyes venerables. Es curioso notar que el viejo derecho foral, anterior a la gran obra codificadora de don Alfonso el Sabio, no fue tomado en cuenta. Lo fueron, mucho, en cambio, las Partidas y sus comentadores y las innúmeras leyes que las siguieron, recopiladas o no, hasta llegar a las modernas ordenanzas del período borbónico. No ha de negarse, con todo, que el libro más seguido fue el célebre Código Napoleón. Se estudió a fondo y se consultaron los textos que lo explicaban y lo comentaban y que señalaban, aún, sus vacíos y descuidos. Delvincourt y Troplong fueron los autores modernos franceses más seguidos, y entre los antiguos, Domat y Pothier. Mas no se crea que Bello se contentó con esas consultas. Quiso tener a la mano otros códigos, entre ellos el austríaco, el holandés, el sardo y el siciliano, los viejos códigos prusiano y bávaro, anteriores a la Revolución francesa, y varias leyes alemanas sobre inscripción de la propiedad territorial. También hay referencias en sus notas a las leyes anglosajonas, comentadas por Blackstone y por Kent, y al extraño Código civil de La Luisiana, que siendo norteamericano, fue tomado casi enteramente del Código Napoleón.

En los años que precedieron a la redacción definitiva del Código civil, llegó una obra española que prestó inapreciables servicios: fue el proyecto de Código civil español, de García Goyena. A este libro no se le dio en España la importancia real que poseía. Aparecido en 1852,

como fruto de los trabajos codificadores de la comisión de juristas que presidía don Florentino García Goyena, llegó a Chile pocos meses después y alcanzó a ser utilizado en el llamado Proyecto de 1853 y en el Proyecto de 1855. Presentaba este libro una ventaja inapreciable que no podían dar las obras españolas restantes, como las de Escriche o Eugenio de Tapia: se tomaban en cuenta no sólo las leyes castellanas y los fueros sino también las recientes leyes europeas. Se trataba de un esfuerzo de adaptación encomiable. Es posible que el proyecto fuera considerado como algo muy avanzado, causa que determinó su arrinconamiento, mas lo cierto es que influyó mucho, y ventajosamente, en el Código civil chileno [15].

Como resultado de esa inmensa tarea de consulta y de extracción, tenemos que el Código chileno presenta en su lenguaje, en su ordenación y en sus líneas generales, una gran similitud con el modelo francés. En materia de bienes y de derechos reales, sobre todo en materia de obligaciones y de contratos, lo sigue muy de cerca. Claro está que implícitamente adopta con ello, en gran parte, el derecho romano. Pero tratándose del sistema de inscripción de la propiedad inmueble, se aparta del derecho francés y se inspira en viejas leyes alemanas que idearon este régimen y que inspiraron muchas disposiciones del Proyecto de García Goyena. Algo semejante ocurre con la legislación hipotecaria, que fue simplificada y perfeccionada en extremo. En cuanto al derecho de familia, podemos afirmar que se inspira fundamentalmente en el Derecho Canónico y en la vieja legislación española. Todo el derecho sucesorio tiene, asimismo, una clara inspiración española. Aunque Bello era partidario de la libertad de testar, debido tal vez a su larga permanencia en Londres y a su afición por las instituciones inglesas, mantuvo en el Código civil el sistema de las asignaciones forzosas. Se trataba y se trata de algo que estaba incorporado en las costumbres y que no ha sido eliminado de las leyes sucesorias iberoamericanas, salvo en México [16].

[15] Véase, al respecto, J. M. Castán Vázquez, «La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1989, Madrid.

[16] Sobre la obra de Bello, su significado e influencia, véase la obra colectiva *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Eds. La Casa de Bello, Caracas, 1986. En él se recogen las actas del Congresso Internazionale Andrés Bello e il Diritto Latinoamericano, celebrado en Roma en 1981 bajo los auspicios de la ASSLA.

El Código civil del Perú, de 30 de agosto de 1930, rige desde 14 de noviembre de 1930 según ley número 8.305. Acusa una influencia bastante clara, además de la clásica en América del Sur del Código español y del francés, del Código civil de Suiza. Ya en los viejos códigos la legislación civil del Perú se había caracterizado por su deseo de originalidad, que plasmó en el Código vigente del año 36, que contribuye a renovar los estudios jurídicos de derecho privado de América del Sur, incorporando a los viejos preceptos de carácter tradicional las nuevas orientaciones doctrinales y de carácter práctico recogidas por la doctrina y la jurisprudencia. El Código civil peruano consta de cinco libros, que tratan respectivamente del derecho de personas, derecho de familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones [17].

Por lo que se refiere a la República de Venezuela, podemos admitir que posee uno de los Códigos civiles más modernos, ya que se promulgó el 1 de septiembre de 1942. Empero, debe señalarse como particularidad interesante, recogida por dicho Código, que es de aplicación a todo el territorio nacional, habiendo recogido el sentir unánime que solicitaba, que no obstante la diversidad legislativa de los diferentes estados que constituyen Venezuela, éstos deberían regirse por un Código civil único. En principio, Venezuela aceptó el Código de Chile, que fue reemplazado en 1867 por otro Código que sufrió numerosas revisiones. El Código de 1942, no obstante su modernidad, está marcadamente inspirado en el derecho francés y en el español, recogiendo especialmente de éste los preceptos del régimen económico matrimonial [18].

Por su especial difusión en España y por representar uno de los más interesantes esfuerzos constructivos dedicaremos una mayor atención al derecho civil mexicano, que plasmó en su Código de 30 de agosto de 1928 un esfuerzo de extraordinario interés para recoger en él

[17] Como referencia general, véase *Guide to the Law and Legal literature of Perú*, Library of Congress, Washington, DC., 1947. Más específico y necesario resulta «El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano», *Actas del Congreso de Lima, 1986; sobre la reforma del Código civil del Perú de 1984*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas/ASSLA, Lima, 1986.

[18] Como referencia clásica, cabe referirse a Nicomedes Zuloaga, *Códigos, Leyes y decretos concordados*, Imprenta Bolívar, Caracas, 1896. Algo más reciente M. Adrián la Rosa, *Estudio comparativo del Código civil de 1942 vigente, con el de 1922*, Ed. Egry, Caracas, 1943.

la evolución que los movimientos sociales y políticos del país aconsejaban.

El derecho civil de México, como el de las demás repúblicas hispa noamericanas, se integraba por la tradición española y recibió la influencia francesa, con cuyos dos elementos fundamentalmente se promulgó el primitivo código de 1870 que fue modificado posteriormente [19].

México, en los últimos años y por efecto de los movimientos políticos y sociales que sufrió, sintió la necesidad de reflejar en su Código civil las transformaciones que el derecho había experimentado en la vida práctica de la nación. Y de este movimiento surgió el actual Código civil, uno de los más notables del movimiento legislativo-codificador.

Es quizás el Código de México, prescindiendo del de la Unión Soviética, el que representa un avance social más acusado recogido en su articulado. En materia de matrimonio, de sucesiones, de legítimas, etc., se acusan esos perfiles y a través de sus 3.044 artículos se recoge el movimiento social triunfante en la nación mexicana.

La exposición de motivos que precede al articulado del Código dice: «Las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular». Y de la declaración que el presidente de la República Mexicana, Plutarco Elías Calles, pronunció con motivo de su promulgación, se manifiesta:

> La reforma del Código civil es un deber ineludible de la revolución, pues en tanto que la ordenación de la familia, el concepto de la propiedad y la reglamentación fácil y expedita de las transacciones diarias no se armonicen con las exigencias de la vida moderna, el antiguo régimen, vencido en los campos de batalla, seguiría gobernando nuestra sociedad [20].

[19] Seguimos aquí los trabajos de M. del Refugio González, en especial sus *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, UNAM, México D.F., 1981. Puede completarse la referencia acudiendo a T. Esquivel Obregón, *Apuntes para la historia del derecho mexicano*, 4 vols., México D.F., 1937-1947.

[20] En general, véase E. García Maynez, *Introducción al estudio del derecho*, México

Sin entrar de lleno en el análisis de este Código, sí hemos de recoger una observación interesante: casi todas las modificaciones del derecho civil para plasmar en un nuevo Código han necesitado largos períodos de estudio y de sedimentación. El ejemplo de los largos trabajos preparatorios del Código civil español, alemán, brasileño y los actuales esfuerzos de reforma del Código civil argentino, así nos lo demuestran. Frente a ello el Código civil de México se lanza a realizar un interesante experimento dirigido a la codificación rápida de un derecho no del todo definitivamente estabilizado.

Pero interesa hacer resaltar otra particularidad del derecho civil mexicano. Compuesta la República mexicana —los Estados Unidos de México— por un distrito federal, dos territorios y varios Estados, sintió el legislador análogo problema al que hubo de plantearse en España, derivado de nuestra diversidad legislativa, y no lo supo resolver. No lo resolvió ya el viejo Código civil hoy derogado, que se dictó exclusivamente para el territorio federal y Baja California, si bien los diferentes estados federados fueron incorporándolo a su ordenamiento jurídico, con lo que adquirió observancia general.

El Código del 28, en su artículo 1.°, establece que sus disposiciones regirán en el distrito y en los territorios federales en asuntos del orden común y en toda la república en asuntos del orden federal. Con este sistema, la unidad legislativa se ha vuelto a romper, y hasta que los diferentes estados federales no acepten el Código común, éste, en la mayor parte de sus disposiciones, tendrá un campo de aplicación limitado.

El Código civil de México consta de 3.044 artículos, va precedido de 21 disposiciones preliminares y seguido de nueve transitorias. El texto se distribuye en cuatro libros con el siguiente contenido: el libro I se ocupa de las personas; el libro II, de los bienes; el libro III, de las sucesiones, y el IV, de las obligaciones. Ahora bien, la doctrina jurídica mexicana en relación con su Código es de un valor desigual, si bien es justo reconocer que algunas de sus obras son particularmente interesantes.

D.F., 1944. Más específico el libro de Mario Sarffati, *Introducción al estudio del derecho comparado*, Instituto de Derecho Comparado, México D.F., 1945.

La incorporación de las regulaciones sociolaborales

Fueron México y Chile, casi de manera simultánea, en 1931, los dos primeros países de Iberoamérica que promulgan un Código de trabajo. En ambos se refleja un proceso constitucional de proyección a largo plazo como consecuencia de la presión de movimientos políticos y sindicales, pretendiendo dar un contenido social al régimen de ambos países. Más que el término de una etapa legislativa en cierto modo venía a ser la iniciación del proceso de configuración jurídica de las bases del Estado social [21].

En el caso de Chile, sin embargo, resulta distinto, señala Barriga Errázuriz [22] cómo es parecido al de Francia, y H. Escribar Mandiola [23] recalca que el decreto de 1931 tenía por objeto refundir las leyes y decretos vigentes en materia de trabajo. No obstante, se aprovechó la ocasión para completar o reformar disposiciones. Además, las disposiciones futuras se añadirían como anexos. Este método o forma de legislar había de originar una obra, a veces detallista. Junto a los capítulos esenciales del contrato de trabajo en sus distintas formas (a domicilio, doméstico, fluvial, de embarco, etc.) tiene secciones concretas, como la de las sillas en establecimientos comerciales, sacos de carga y trabajo en panaderías. Junto a las organizaciones sindicales trata de la participación en utilidades.

Posteriormente, el 16 de abril de 1945, se promulga un nuevo texto, de carácter académico y dividido también en cuatro libros. Tiene 18 artículos en los que se recogen no sólo las instituciones sustantivas (contrato de trabajo, accidentes, etc.), sino también lo procesal, lo sindical e incluso instituciones de tipo administrativo (Dirección general de trabajo). Se ha conseguido, dice Walker Linares «simplificar la búsqueda y el estudio de la abundante y tal vez demasiado frondosa legis-

[21] Así, por ejemplo, *Código Mexicano de Seguridad Social (Comentado y comparado)*, Publicaciones del Instituto Mexicano de Derecho Comparado, México D.F., 1946. En especial, la obra de Moisés Poblete Troncoso, *Evolución del derecho social en América*, Ed. Nascimento, Santiago, 1942.

[22] Véase L. Barriga Errázuriz y A. Gaete Berrios, *Derecho del trabajo*, Imprenta Le Blanc, Santiago, 1939.

[23] Véase H. Escribar Mandiola, *Tratado del derecho del trabajo*, Ed. Zig-Zag, Santiago, 1946.

lación social chilena», pero ya ha sido objeto de reformas [24] y hay pendientes varios proyectos que comportan modificaciones sustanciales.

Señalan los tratadistas Barriga y Gaete [25] cómo fueron vicisitudes de gobierno lo que determinó la elaboración del Código. Ya en 1921 el presidente Alessandri presentó al Congreso un proyecto de Código de trabajo que había sido redactado por el especialista en cuestiones laborales hispanoamericanas Moisés Poblete Troncoso [26]. Tardó diez años en ser promulgado; estuvo pendiente más que de reelaboraciones técnicas, de las fluctuaciones que sufriera el equipo gubernamental.

También el Código de México es un Código de detalles, como por ejemplo la reglamentación del trabajo en el campo, el régimen de los obreros ferroviarios, y no digamos de la minuciosa regulación del derecho de huelga y de los *lock-outs* patronales. Exclúyense los seguros. Mas como decíamos, lo que destaca en estas experiencias son dos rasgos fundamentales: 1.° que el Código es la consecuencia de una transformación constitucional; 2.° que por él se desarrolla el derecho laboral.

Asimismo resulta fundamental política la aparición del Código mexicano. Más bien diríamos que entrañaba un problema constitucional, a saber, el de federalizar la legislación de trabajo del país al mismo tiempo que se aplicaban los artículos 23 y 127 de la Constitución de Querétaro. El extenso programa de política social de este texto político iba a desarrollarse en el Código, pero, además, iba a servir de instrumento para nacionalizar el derecho del trabajo. En 1929 se reformó la constitución en el sentido de «entregar exclusivamente al Parlamento federal la competencia para legislar en materia social» [27].

Si el Código civil fue en España una oportunidad malograda para unificar el derecho común, el Código mexicano del trabajo fue el mecanismo del que se valió el poder central para recabar ciertas atribuciones legislativas en todo el ámbito nacional. Claro que hoy

[24] Véase F. Walker Linares, *Nociones elementales del Derecho del Trabajo*, Ed. Nascimento, Santiago, 1947; también *Panorama del derecho social chileno*, Eds. Zig-Zag, Santiago, 1946.

[25] En su *Derecho del Trabajo, op. cit.*

[26] Véase *Evolución del derecho social en América, op. cit.*

[27] *Cf.* Poblete Troncoso, «El Código federal de trabajo de México», en *Revista Internacional del Trabajo,* México D.F., octubre 1932.

en día el Código mexicano resulta insuficiente para dar acomodo a toda la legislación posterior complementaria, mas no sería difícil revisar dicho cuerpo legislativo adecuándolo a las nuevas circunstancias sociales.

El Código mexicano, se ha dicho, es un conjunto sistemático de instituciones jurídico-sociales que consagra aspiraciones avanzadas de justicia social. El plan general del Código está bien trazado, aunque se nota cierta confusión en la distribución de algunas materias, como en las disposiciones sobre el trabajo de las mujeres y niños, salario mínimo y juntas de conciliación y arbitraje; se divide en 11 títulos, precedidos de una interesante exposición de motivos que explican el alcance de sus principios: campo de aplicación, contrato individual del trabajo, contrato colectivo, horas de trabajo y descansos, salarios, reglamentos interiores de los talleres, protección del trabajo de las mujeres y menores, trabajo nocturno, doméstico, marítimo, ferroviario, agrícola, pequeñas industrias, contrato de aprendizaje, sindicatos, coalición, huelgas y paros, riesgos profesionales, autoridades del trabajo, inspección, procuraduría del trabajo, procedimientos y sanciones.

Por lo que respecta a la República Argentina, como señala Tessenbaum [28], conviene considerar los diversos problemas técnicos que la unificación y sistematización del derecho sociolaboral entraña. En otro de sus estudios [29] refiérese al Código preparatorio de 1904 que propusiera el ministro Joaquín González; dicho proyecto tuvo algún eco: Adolfo Posada se ocupó en España de la trascendencia del mismo. Pasaron casi veinte años hasta que el Parlamento conoció otro proyecto, el de 1921, obra de Alejandro Unsain, que posteriormente publicará, en varias ediciones, un «ordenamiento de leyes obreras» [30]. En 1928 encontramos el Proyecto Molinari; en 1933 el de Carlos Saavedra Lamas, y en 1939 se presentó el de la Comisión especial de la Cámara de diputados encargada de redactar el Código de trabajo.

El proyecto de *Código Nacional del Trabajo,* del que es autor Carlos Saavedra Lamas fue examinado por los organismos técnicos de la oficina internacional del trabajo, que lo consideraron completo y adap-

[28] Véase E. Tissembaum, *La codificación del derecho del trabajo ante la evolución legislativa argentina,* Santa Fe, 1947.

[29] *Idem.*

[30] Véase A. M. Unsain, *Legislación del trabajo,* 3 vols., Buenos Aires, 1926-1928.

table a las condiciones del país. Se compone de cuatro libros que forman tres tomos, precedidos por un prefacio de Albert Thomas. Ramírez Gronda, lo mismo que Unsain, también tiene publicada una recopilación de leyes argentinas [31], similar a la de Campo Barón sobre la legislación del trabajo de Colombia [32].

Sea como fuere, la legislación social argentina cobra un nuevo impulso a partir de la época de Perón, de tal forma que se tendió a superar los problemas detectados por Tissembaum, cuando afirmaba:

> Ocurre en nuestro país una situación muy curiosa que destaca la imperiosa necesidad de llegar a la codificación. No existe una ley sobre contrato de trabajo que fije los principios fundamentales de esta institución. Existen, en cambio, numerosos estatutos profesionales, o leyes, que contemplan las relaciones jurídicas contractuales de modo que se han proliferado las normas hacia la consideración particular de las relaciones profesionales, originando así una cantidad de soluciones dispares cuando no contradictorias, por ausencia precisamente de un nexo común que debe derivar de los principios esenciales del contrato de trabajo [33].

El caso de Brasil presenta también notas destacables. El texto único laboral casi se logró hace muy poco tiempo en la llamada *Consolidación de las leyes de trabajo.* Constituye ésta una experiencia interesante de la que se han ocupado ya diversos tratadistas. En los anales del primer Congreso Brasileño de Derecho Social se ocupó del tema, entre otros, Cesarino Junior [34], quien planteó especialmente el tema de su conveniencia, por las siguientes razones: a) porque la codificación entraña una simplificación del derecho que se torna así más accesible al público y adquiere mayor prestigio en su fuerza normativa; b) porque

[31] *Cf.* C. Saavedra Lamas, *Código nacional del trabajo,* 3 vols, Buenos Aires, 1933. También J. D. Ramírez Gronda, *Legislación del trabajo y de la Previsión Social,* 2 vols., Buenos Aires, 1945; *Derecho del trabajo en la República Argentina; doctrina, legislación, jurisprudencia,* Buenos Aires, 1940.

[32] Véase su libro sobre *Legislación del trabajo,* Bogotá, 1944.

[33] Véase M. Tissembaum, *La codificación del derecho del trabajo..., op. cit.*

[34] Véase A. Ferreira Cesarino Junior, *Consolidaçao das Leis do Trabalho,* 2 vols., Río, 1945. Véase también su *Direito Social Brasileiro,* 1942.

produce una síntesis en la política social del nuevo Estado; c) por razones de prestigio internacional, esto es, para resaltar ante el mundo la legislación de aquel país [35].

Uno de los países iberoamericanos donde también se ha suscitado el tema de la codificación laboral ha sido Bolivia. Si bien deberíamos mencionarlo dentro del grupo de países que tratan de incorporar al Código civil las bases esenciales de la relación laboral [36]. Sin embargo, la Ley General del Trabajo de 8 de diciembre de 1942 es un conato de Código especial. Recordemos, por ejemplo, el proyecto de Código laboral preparado por Capriles Rico y Arduz Eguía.

La ley general de trabajo de Venezuela fue sancionada el 15 de julio de 1936 y constituye un verdadero código [37], con posterioridad se promulgó el Código del trabajo de 30 de noviembre de 1938, reformado en 21 de octubre de 1947. Casos similares son los de Ecuador, Costa Rica, Nicaragua y Guatemala, cuyas codificaciones laborales son relativamente modernas. En efecto, de 1938 (5 de agosto) es el Código ecuatoriano. La ley general del trabajo de Costa Rica data de 1943 y la de Nicaragua del 2 de enero de 1945; en Guatemala se publica el 8 de febrero de 1947 un Código laboral y el 11 de noviembre del mismo año en Panamá [38]. En la misma época se desarrollan distintos proyectos en Cuba, Perú, Paraguay y Uruguay [39].

Antecedentes históricos del Código civil argentino

Es costumbre en Argentina dividir el período anterior al de la codificación en el período colonial y en el de la emancipación y organización política de la república.

[35] Conviene consultar, así mismo, O. Gomes, *Introduçao ao Direito do Trabalho,* S/d., 1944. A. Sussekind, *Manual da Justiça do Trabalho,* S/d., 1944.

[36] Sobre este modelo, véase *Guide to the Law and legal literature of Bolivia,* Library of Congress, Washington, D.C., 1947.

[37] *Cf.* J. Diez, *Estudios de derecho social,* Tip. Americana, Caracas, 1940.

[38] Véase, al respecto, *Guide of Law and Legal Literature of the Central American Republics,* Library of Congress, Washington D.C., 1937.

[39] Como referencia general que abarca un buen número de países, véase E. Córdoba Guerrón, *Las convenciones colectivas de trabajo (con especial referencia a la legislación ecuatoriana),* Eds. Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

El primer período, que se inicia desde el descubrimiento y conquista españoles, llega hasta la revolución de mayo de 1810, y su derecho constituye los diversos Códigos y recopilaciones, desde el Fuero Juzgo hasta la Nueva y Novísima Recopilación, y que integra con la llamada legislación de Indias. El orden de prelación determinado en la Ley de Citas no fue seguido en la práctica en el virreinato del Río de la Plata, pues aquí se aplicaban generalmente las Partidas y la Nueva Recopilación.

El Segundo período, llamado patrio, comprende la actividad legislativa de los gobiernos de la revolución y organización política hasta 1871, fecha de vigencia del Código civil redactado por Vélez Sarsfield, legislación circunstancial y a veces anárquica, ya que las disposiciones provinciales trataban sobre materias de fondo, válidas únicamente dentro de sus lindes políticos, sobre todo en el largo período de 1820 a 1853.

No obstante la profusión de dichas leyes, la legislación española, sintetizada, como se ha dicho, en las Partidas y la Nueva Recopilación, no fue modificada fundamentalmente, salvo excepciones que sólo poseen un puro valor doctrinal. Si bien el Código civil derogó la antigua legislación hispana, ésta continuó siendo legislación supletoria para algunos Códigos procesales, como el de la Capital Federal, cuyo artículo 814 así lo dispuso durante bastante tiempo, hasta su abrogación, lo que no afectó a su espíritu y su influjo, que perduraría en la obra de Vélez.

El general Justo José de Urquiza, vencedor de Rosas en Caseros, dicta el 20 de agosto de 1852 un decreto designando una comisión encargada de preparar proyectos de nuevos Códigos civil, penal, de comercio y de procedimientos. Redactor del proyecto de Código civil fue designado Lorenzo Torres, quien renuncia, siendo nombrado para sucederle Dalmacio Vélez Sarsfield, el 3 de septiembre de 1852 [40].

La revolución de septiembre de 1852, que separa la provincia de Buenos Aires del resto de la Confederación Argentina, deja sin efecto la plausible iniciativa de Urquiza. La Constitución nacional dictada en Santa Fe, en 1853, dispuso, en su artículo 24, que el Congreso promovería la reforma de la actual legislación, en todas sus ramas. Así, el

[40] Véase C. O. Bunge, *Historia del derecho argentino*, 2 vols., Madrid, 1920.

Congreso nacional, por Ley de 30 de noviembre de 1854, encarga al poder ejecutivo el nombramiento de una comisión codificadora «para que se ocupe exclusivamente de los proyectos de Códigos nacionales», no obstante lo cual no se concretan las designaciones. Por fin, mediante la Ley nacional del 6 de junio de 1863, el Congreso autoriza al poder ejecutivo para nombrar comisiones encargadas de redactar «los proyectos de los Códigos civil, penal, de minería y de las ordenanzas del Ejército».

Cuatro largos años de intenso trabajo llevaron a Vélez a cumplir su tarea. En junio de 1865 entrega el primer libro de su proyecto, y en agosto de 1869, el último. Por Ley número 340, del 29 de septiembre de 1869, el Congreso convierte su proyecto en Código civil argentino, que entró a regir desde el 1 de enero de 1871 y que ha presidido y orientado el desarrollo legislativo, en materia privada, de la nación.

Por lo que se refiere a las fuentes e influencia del Código civil argentino, cabe recordar las propias palabras de Vélez:

> ...para este trabajo he tenido presentes todos los códigos publicados en Europa y América, y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del proyecto de Código civil para España del señor Goyena; del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y, sobre todo, del proyecto de Código civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los jurisconsultos Savigny y Zachariae; la grande obra del señor Savigny sobre el derecho administrativo del Imperio romano, y la obra *Story Conflict of Laws.* En la necesidad de desenvolver el derecho por la legislación, ya que nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislación original, nacida con la nación, y con ella crecida, podíamos recurrir al derecho científico, del cual pueden ser dignos representantes los citados. Cuando el emperador Justiniano hubo de legislar para pueblos nuevos, después de la creación del Imperio de occidente, formó el digesto de una parte de la literatura del derecho, convirtiendo en leyes los textos de los grandes jurisconsultos [41].

[41] En este sentido, véase A. Chaneton, *Historia de Vélez Sarsfield,* 2 vols., Buenos Aires, 1937.

Lisandro Segovia, en su trabajo sobre el *Código civil de la República Argentina, con su explicación y críticas,* resume el resultado de su investigación sobre las fuentes del Código afirmando:

> De esa investigación resulta que las fuentes principales del Código son el proyecto del doctor Freitas, para los tres primeros libros; Aubry y Rau y el Código francés, para los tres últimos libros, y Goyena y el Código chileno, para todo el Código, pero con un caudal de trescientos artículos únicamente. Viene en seguida Zachariae, sus anotadores Massé y Vergé, Troplong y Demolombe, el Código de Luisiana, Pothier, Acevedo, Marcadé, Duranton y Chabot, con contingentes para los tres últimos libros que oscilan entre setenta y veinte artículos al libro primero; Maynz, otro tanto para el segundo; el Código de Rusia y Savigny, veinte artículos para el mismo libro, y Molitor, once para el tercero. Por último, otras varias fuentes no contribuyen sino con un total de medio centenar de disposiciones [42].

En otras palabras, la doctrina señala que las fuentes principales fueron: el derecho romano, la legislación y costumbres vigentes en la república hasta la promulgación del Código civil, el Esboço del jurista brasileño Teixeira de Freitas y el Código civil francés y sus comentaristas. En menor grado influyeron otros códigos, proyectos y tratadistas.

La legislación española e intermedia y las costumbres del país fueron importantes fuentes en que abrevó el espíritu inquieto y estudioso de Vélez. Juan Bautista Alberdi imputó al codificador el olvido de estos antecedentes, concepto compartido por el civilista Alfredo Colmo, cuyas afirmaciones, sin embargo, son en extremo discutibles. Vélez, con razón, pudo replicar que «si el doctor Alberdi hubiera recorrido ligeramente mi proyecto de Código habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una Ley de Partidas, del Fuero Real, de las Recopiladas...» [43]. En efecto, Solórzano, Gregorio López y Antonio Gómez fueron los tratadistas españoles más consultados por el doctor

[42] *Cf.* L. Segovia, *El Código civil argentino con su comentario en forma de notas,* 2 vols., Buenos Aires, 1930.

[43] De ello se hace eco J. M. Mustapich en su comentario preliminar al Código civil de la República Argentina, en el tomo editado por Eds. Cultura Hispánica, Madrid, 1960.

Vélez, y el Proyecto de García Goyena inspiró numerosos artículos de su Código civil.

En relación a la Legislación de Indias, si bien de escasas resonancias en el derecho privado argentino, trascendió la simple tradición misional de España en América, para determinar una clara influencia en las regulaciones matrimoniales y en las relaciones público-eclesiásticas, dado el influjo del derecho canónico por intermedio de las compilaciones españolas.

En cuanto a las costumbres del país, Vélez, que fue también sagaz político, se plegó a sus requerimientos sociales al reglamentar las instituciones jurídicas al tenor del sentimiento popular. Así, una de las instituciones básicas del derecho privado, la familia, la organizó conforme al sentimiento religioso y social de la sociedad argentina, instituyendo que el matrimonio, base de aquélla, debía, entre católicos, celebrarse según los cánones y solemnidades prescritas por la Iglesia católica (artículo 167). En la nota respectiva, Vélez afirmó que

> las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podían contraer matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios en el estado actual de nuestra sociedad desconocería la misión de las leyes, que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres, y no envenenarlas ni corromperlas [44].

En materia de convenciones matrimoniales (artículo 1.217) expuso, en la nota correspondiente, que

> las costumbres de nuestro país no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas [...]. Esas leyes no han sido necesarias en la república, pues nunca se vieron contratos de matrimonio [...]. Si esos contratos no parecen necesarios podemos conservar las costumbres del país [45].

[44] En este sentido, M. de Espanes, «Derecho civil español y americano», en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1970. En general, para Argentina es importante la monumental obra de R. Levene, *Historia del derecho argentino,* 10 vols., Buenos Aires, 1945.

[45] En general, las anotaciones de Vélez pueden verificarse en L. V. Varela, *Concordancias y fundamentos del Código civil argentino,* 16 vols., Buenos Aires, 1878.

Conviene, a estas alturas, referirnos algo a las influencias que se perciben en este texto. Así, la influencia del derecho civil francés, que concretó el individualismo liberal de la Revolución de 1789, fue extraordinaria, ya que, salvo el derecho anglosajón, en casi toda Europa se impuso, sea por vía de conquista o de voluntaria adopción. El Código civil argentino no fue insensible a tan poderoso influjo, coincidente con las ideas políticas y filosóficas entonces en auge, a tal punto que, según expresa Segovia, de los dos mil doscientos ochenta y dos artículos de que consta el Código de Napoleón, la mitad han sido reproducidos en el Código argentino y ciento cuarenta y cinco han sido copiados. Claro está que es de justicia reconocer que, en numerosos casos, las adaptaciones corrigen conceptualmente a sus modelos [46].

Debe destacarse, por otra parte, la importancia que tuvo en la redacción del Código las relaciones entre Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfield. En efecto, casi cuatro mil novecientos ocho artículos del Anteproyecto de Freitas fueron guías seguras para Vélez en la redacción de su obra. Tanto es así que, incompleta la obra del jurista brasileño, la del argentino pierde rigor y precisión cuando debe prescindir de tal guía, como, por ejemplo, en materia de sucesiones, donde recurre a la no muy clara del Código Napoleón y de sus comentaristas, con algún demérito para su labor.

Abel Chaneton, biógrafo de Vélez, compara acertadamente las personalidades de ambos juristas cuando escribe:

> Freitas tenía de la misión del legislador un concepto místico. Era un especie de Moisés, parapetado detrás de sus nociones jurídicas como el otro detrás de su raza ígnea, para formular, abstraído en sí mismo, ajeno a la realidad ambiente, sus leyes. Reemplazaba la orientación sociológica (de que carecía) por una excepcional agudeza de sentido jurídico. Mientras, Vélez vivía mezclado en todos los afanes

[46] Otros Códigos han proporcionado eficiente material de adaptación, como el Código de Chile de 1855, fuente de ciento setenta artículos; el Código de Luisiana de 1824, fuente de cincuenta y dos artículos; el Código de Prusia; el llamado de Rusia por el codificador; el Código austriaco de 1811; el Código sardo, y el italiano de 1855, etc., todo lo cual prueba la profunda dedicación del codificador argentino en sus investigaciones y estudios de casi toda la legislación contemporánea y antigua, de la vasta doctrina y compilaciones jurisprudenciales, que permitieran el cumplimiento de esa obra jurídica que constituye el Código civil argentino.

de la acción pública, aislábase Freitas cada vez más en el silencio de su gabinete. Mientras éste se perdía en especulaciones trascendentales, aquél se esforzaba por orientarse en medio de las transformaciones que el progreso de los conocimientos, los adelantos de la técnica, la influencia de capitales, de choque de ideas, sentimientos e intereses iban imprimiendo en el cuerpo social; tratando de adivinar, y consiguiéndolo con frecuencia, las nuevas tendencias, las necesidades en germen, ya para fomentarlas si las creía útiles, ya para oponer a ellas el dique de la ley, si reputábalas nocivas. Las doctrinas que forman el Esboço guardan una notable coherencia al desdoblarse en el casuismo excesivo de sus artículos, lo que no obsta a la arbitrariedad de muchas de sus disposiciones. Es conocida, en cambio, la frecuencia en que en el Proyecto argentino el rigor de un principio es desvirtuado por excepciones repetidas [47].

Modelos atípicos: el caso de Puerto Rico

Adentrarnos en el Código civil de Puerto Rico es penetrar en la convivencia de dos culturas y considerar la necesidad de la subsistencia de tres sistemas jurídicos, entroncados en el derecho privado español y puertorriqueño, y en el derecho angloamericano.

A veces se nos presentan esos sistemas a través de dicho cuerpo legal, fuente suprema del derecho sustantivo de la isla, que posee características individuales inconfundibles; otras veces tan amalgamados que se hace difícil, si no imposible, identificar los mismos por separado. Este triple cruce de aportaciones jurídicas, no tan disímil como algunos creen, convierte a Puerto Rico en un laboratorio de la ley, que, por su singularidad, ofrece un notable interés para el derecho comparado.

En efecto, Puerto Rico está íntimamente ligado a las primeras ejecutorias codificadoras de España. Éstas tuvieron lugar el 5 de febrero de 1811, al aprobar las Cortes de Cádiz una propuesta en tal sentido, precursora del artículo 258 de la Constitución de 1812 [48]. Allí estaba

[47] Véase A. Chaneton, *Historia de Vélez Sarsfield, op. cit.*

[48] Véase J. Castán Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental, op. cit.*

Puerto Rico representado por Ramón Power Giral, vicepresidente de dichas Cortes.

Al igual que el derecho español nació de la conjunción del derecho germánico y del romano, así también el derecho puertorriqueño ha nacido y se está nutriendo de los derechos español y anglosajón. Prueba de ello es que la vigente legislación puertorriqueña contiene una extracción española y norteamericana en sus estatutos fundamentales. Así, hallamos que los Códigos civil, de comercio, la Ley hipotecaria, Ley de aguas y la Ley de desahucio, son sustancialmente los mismos cuerpos legales que rigieron hasta que la isla dejó de ser provincia de España, siendo la vigente Ley de alquileres razonables de Puerto Rico sustancialmente también una réplica de la Ley de arrendamientos urbanos, de 1946, de España, mientras que los Códigos penal, de enjuiciamiento criminal, Código político y el de procedimiento civil, al igual que sus reglas, son de origen norteamericano. El primero de dichos Códigos, tomado del Estado de Montana; el segundo, del Estado de California, al igual que el tercero, y el último, de Idaho. Las referidas reglas de procedimiento civil, vigentes desde el 31 de julio de 1958, han sido tomadas de las reglas de procedimiento civil Federal (*Federal Rules of Civil Procedure*), aprobadas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, habiendo aquellas reglas derogado en gran parte el mencionado Código de procedimiento civil. Todos los cuerpos legales aludidos han sido enmendados fundamentalmente por la legislatura de Puerto Rico como consecuencia del natural proceso de adaptación foral, congruentes con exigencias sociológicas y económicas, y constitucionales.

Por otra parte, cuando se produce el cambio de soberanía, Puerto Rico no procedió a codificar su legislación, ya que ésta se encontraba codificada, sino a reformar su derecho. Tal reforma tuvo su menor repercusión en el Código civil y en la Ley hipotecaria. Pero, no obstante, se operó, en el orden jurídico, una revolución que abolió instituciones cimentadas en el uso y costumbres de varias generaciones; empero, es justo reconocer que muchas de ellas no respondían al imperativo del momento, ni se adecuaban a los fundamentos doctrinales de la nueva metrópoli, cuya asimilación era imprescindible para concertar una armónica convivencia con los Estados Unidos.

No obstante la considerable pérdida de partes esenciales de los fundamentos legales de la isla, el núcleo esencial del derecho histórico quedó incólume permaneciendo en el Código civil, no ya sólo como

fuente primaria de derecho positivo, sino también como instrumento para suplir las deficiencias de las que adolecen las leyes especiales, las cuales, pese a las modificaciones que introdujeron, no fueron de tal magnitud que implicase su quiebra. En ese sentido, Federico de Castro afirmaba: «el derecho positivo, a diferencia del derecho natural, pertenece a un país, a un tiempo y a una cultura, derecho nacional es el creado por su pueblo, el que forma parte de su vida, condicionado por su historia y condiciones de su vida social y política» [49].

Hasta la entrada en vigor del Código civil español, Puerto Rico se regía, con la salvedad de aquellas leyes especiales de aplicación local, tales como las Leyes de Indias, por los mismos preceptos vigentes en la metrópoli, entre los cuales se encuentran las Partidas, complementadas por el Ordenamiento de Alcalá; el Fuero Juzgo, las Leyes de Toro y la Nueva Novísima Recopilación.

Por Real Decreto del 31 de julio de 1889, bajo el reinado de don Alfonso XIII, y firmado por la reina regente, doña María Cristina, se hizo extensivo el Código civil español a Cuba, Puerto Rico y Filipinas, entrando en vigor en esta isla el 1 de enero de 1890, ya que su publicación en la correspondiente gaceta oficial se produce el 12 de diciembre de 1889.

Como consecuencia de haber pasado Puerto Rico a poder de Estados Unidos de América en virtud del artículo II del Tratado de Paz entre este país y el reino de España, firmado en París el 10 de diciembre de 1898, y que puso fin al conflicto bélico entre ambas naciones, se implantó por las fuerzas armadas de ocupación un régimen militar, de carácter provisional, bajo la suprema autoridad de un gobernador militar, el mayor general John R. Brooke, responsable directamente de sus ejecutorias sólo ante el presidente de los Estados Unidos.

No obstante la interinidad de la mencionada etapa militar, el derecho sustantivo puertorriqueño sufrió bruscos cambios, algunos de los cuales afectaron al ordenamiento civil [50]. Así, se procedió a reglamentar el matrimonio civil, y se instituyó el divorcio, aunque, ante la magnitud de la transición, se dejaron en vigor aquellos preceptos del

[49] Véase F. de Castro, *Derecho civil de España,* vol. I.

[50] Véase L. Muñoz Morales, *Reseña histórica y anotaciones al Código civil de Puerto Rico,* Universidad de Puerto Rico, Junta Ed. s.a.

Código civil referentes a los matrimonios religiosos y civiles, que no entrasen en conflicto con dicha orden. Se enmendó el artículo 1.957 del Código civil, limitando la prescripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles por la posesión, con buena fe y justo título, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, a sólo seis años en ambos casos. El artículo 688 del propio Código fue enmendado en su párrafo segundo exigiendo que el testamento hológrafo para su validez estuviera escrito y firmado por el testador, con expresión del año y mes y día en que se otorgara. También fue motivo de enmienda el artículo 320 del Código civil, fijando el comienzo de la mayoría en 23 años.

Puerto Rico, al igual que en otros países, entre éstos España, Francia, Austria y Prusia, experimentó cómo las orientaciones políticas dominantes en determinadas épocas tienen una influencia directa sobre sus respectivos Códigos civiles. En efecto, de aquella etapa de transición, este Código civil conserva profundas e inequívocas huellas, y no es la menos profunda la que se refiere al proceso de su revisión [51].

Sin embargo, en aquellas fechas, ya estaba en funcionamiento el primer gobierno civil que tuvo la isla bajo el régimen norteamericano, según precisaba la mencionada Ley Foráker, por lo que la Cámara de Delegados de Puerto Rico y su Consejo Ejecutivo asumieron jurisdicción no sólo sobre el proyecto de Código civil preparado por la comisión revisora, sino también sobre los restantes Códigos; se cumplía así el mandato del poder legislativo relativo a la formación de una comisión conjunta para su estudio y recomendaciones [52].

De esta manera, por la resolución conjunta número 5, del 1 de marzo de 1902, quedó aprobado el Código civil, al igual que los Códigos políticos, penal y de enjuiciamiento criminal, estatutos éstos que pasaron a formar parte de la *Compilación de Estatutos revisados y Códigos*

[51] Véase M. Rodríguez Ramos, «Breve historia de los Códigos puertorriqueños», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico,* vol. XIX, n.º 4.

[52] Los juristas puertorriqueños, de formación intelectual europea, ignoraron el idioma de los nuevos gobernantes, de distinta religión, con rudimentarios conocimientos de las instituciones legales de la nueva metrópoli, y sin otra inspiración que no fuera su firme determinación de conservar su personalidad latina, emprendieron la tarea de la revisión del Código civil. Igual sucedió con los restantes códigos y leyes entonces vigentes. Dicha revisión fue autorizada por el Congreso de Estados Unidos en virtud de la sección 40 de la denominada «Ley Foráker», estableciendo un gobierno civil para Puerto Rico.

en Puerto Rico del mismo año [53]. En este sentido, Muñoz Morales afirmaba:

> Se introdujeron en el texto del Código español, sobre todo en el libro I, bastantes modificaciones en lo referente al matrimonio, divorcio, tutela, patria potestad, ausencia, paternidad y filiación, derechos de los hijos ilegítimos, adopción y otras que detalladamente estudiaremos, pero en la mayor parte de ellas predominó el propósito de incorporar a nuestro derecho civil muchos preceptos del Código de Louisiana, que por cierto fueron tomados de la edición revisada del año 1870, muy anterior, por tanto, a la promulgación del Código civil español; y no tuvo en cuenta que la mayor parte de esas modificaciones chocaban sustancialmente con nuestro derecho tradicional y arraigadas costumbres, que no se adaptaban a nuestro ambiente, y que no eran exigidos por ningún estado de opinión; de tal modo que luego hubo que irlas desechando para establecer en lo más fundamental mucho de lo que había derogado del Código español [54].

Es indudable, pero comprensible, que la aprobación del Código civil revisado de 1902 arrastró consigo serios errores en que incurrieron tanto la citada comisión designada por el presidente de Estados Unidos como la asamblea legislativa y su comisión; errores éstos que generalmente hallan su justificación, insistimos, en la necesidad en que estaban de transigir en sus criterios jurídicos, tanto los participantes puertorriqueños como los norteamericanos, acuciados por la necesidad de reconducir lo antes posible a la isla a una nueva etapa político-constitucional.

[53] *Cf.* «Compilación de estatutos revisados y Códigos», edición de 1902.

[54] Véase L. Muñoz Morales, *op. cit.;* también, Velázquez Guaroa, «El derecho puertorriqueño de las obligaciones durante la primera mitad del siglo xx», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico,* vol. XXIII, n.° 4.

Capítulo VI

LOS CAMBIOS ESTRUCTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LAS NUEVAS DIMENSIONES DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA Y ECONÓMICA DE IBEROAMÉRICA

El ámbito material de la concreción del sistema iberoamericano

La integración latinoamericana es un tema lo suficientemente extenso en su contenido pragmático como para ser objeto de estudios e investigaciones desde diferentes ángulos, es decir, desde el punto de vista económico, político, social y cultural. De hecho sus muchos mecanismos u órganos, tan importantes en el área latinoamericana podrían ser parte de un análisis en particular, es el caso del Grupo Andino, o bien El Sistema Económico Latinoamericano (SELA), La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), El Mercado Común Centro Americano (MCCA), etc.

En este caso en particular, el problema que nos ocupa es el de tratar de llegar mediante la lectura, el análisis de algunos textos y de la propia situación regional a definir de manera sucinta cuál ha sido en términos generales el comportamiento de estas instituciones, en relación con la crisis que viven hoy los países latinoamericanos; establecer el grado de concertación que pueda traducir el proceso de crisis en un elemento catalizador de la unidad, no sólo de los países sino también de la integración de los órganos que hoy actúan de manera disgregada, que quizás sea la tarea más importante.

Aun cuando pueda resultar utópico, parece que ante un mundo que cada vez busca más aliados, especialmente en el ámbito económico (Canadá-EE.UU., CEE), la alternativa o paradigma emergente será el de la unidad regional o intrarregional.

En este sentido habrá que dirigir el trabajo, en primer lugar, a definir la idea de sistema iberoamericano; para ello es preciso partir de

algunos conceptos trabajados por David Easton. A partir de entonces será posible establecer las características del sistema iberoamericano a sabiendas de que no se pretenderá hacer a partir del autor un análisis estrictamente sistémico, se tomarán algunos elementos del modelo, los cuales nos permitirán dar cuenta de la existencia de un sistema latinoamericano en cuanto a sus relaciones e interrelaciones con otros sistemas dentro y fuera del área latinoamericana.

En cuanto al establecimiento de las características habría que considerar la amplia variedad de sistemas políticos existentes en América Latina, especialmente a partir de la década de los años sesenta en los que el sistema latinoamericano comenzó a experimentar importantes cambios en sus vidas políticas, incidiendo estos procesos en el desarrollo de cada país y de su participación en la región; por citar algunos casos tenemos a Chile en 1973, Uruguay en 1974, Nicaragua en 1979, casos que vistos hoy reflejan importantes diferencias en términos políticos y económicos.

En segundo lugar; para que la cooperación pueda traducirse en una verdadera integración resulta necesario un mayor acercamiento en las políticas económicas de los estados, lo que se refleja en los niveles de solidaridad, que algunos autores llaman de «Solidaridad Regional», lo que al parecer —ya veremos— ha funcionado medianamente en los países signatarios de algunos acuerdos —TIAR—, que por lo general viene a ser reflejo más bien de intereses nacionales de cada uno de ellos.

En cuanto a este segundo problema lo más importante será el poder establecer una definición de lo que ha sido en el área latinoamericana la integración regional; es decir, poder definir sus especificidades propias.

Seguidamente, habrá que ocuparse del estudio de los diferentes organismos de integración y de su clasificación de acuerdo a su carácter; es decir, en bilaterales y multilaterales, éstos son enfoque de política económica internacional, que pueden ser utilizados de forma paralela sin que se creen discrepancias entre ellos en cuanto a ser discriminatorios; sin embargo aquí van a ser utilizados para clasificar sólo los mecanismos que operan en la región latinoamericana en materia de cooperación e integración.

De acuerdo con algunos autores, si se tratase de comprender los motivos que llevan a determinar la realización de ciertos acuerdos y el porqué del bilateralismo en vez del multilateralismo o viceversa, nos

encontraríamos con que los enfoques varían de acuerdo con el grado de desarrollo productivo y la importancia comercial de dichos mercados. Tenemos en el caso del bilateralismo los acuerdos argentino-brasileños, que en este caso si bien representa una vía relativamente conducente a la solución de problemas «económicos y comerciales» entre ambos países, de acuerdo al mismo enfoque cuenta con sus limitaciones e inconvenientes, uno de ellos es la viabilidad de unas relaciones equitativas entre desiguales, que no produzcan un desequilibrio, o un daño al más débil.

En cuanto a los mecanismos multilaterales, tenemos que en Iberoamérica la integración ha tenido como rasgo característico, el multilateralismo, en el entendido de que con esto se permitiría alcanzar una mayor complementariedad productiva y económica entre los países del área con características disimiles, en este sentido citaremos mecanismos como ALALC, ALADI, MCCAM, SELA, y CARICOM y por señalar otro órgano que tiene un carácter mucho más general en cuanto incluye a países del norte, centro y sur de América citaremos el caso de la OEA.

Existen múltiples ejemplos de acciones multilaterales integradoras. Se señala como uno de los más importantes el caso de la Comunidad Económica Europea, que ha convertido a una Europa fragmentada en una Europa que dentro de poco será la potencia comercial e industrial más importante con la anexión de las dos Alemanias.

Otro ejemplo de acción multilateral es ASEAN, en el Asia sudoriental, CEAO, en África occidental y por último CEDEAO entre varios estados de África occidental [1], lo que supone dejar de incluir dentro de la clasificación a aquellos mecanismos que tienen de acuerdo con su actuación un carácter de promotores de políticas comunitarias como en el caso del Parlamento Andino. Otros a incluir serán los denominados organismos o instituciones de seguridad y/o solidarios, con relación a éstos, si bien no propician la integración de una manera directa, sí en sentido de la seguridad en cuanto que buscan el establecimiento de la paz mediante la solución de conflictos, que en la mayoría de los casos produce el deterioro en las relaciones y la posterior ruptura en los convenios, tratados y acuerdos.

[1] Véase M. Chávez, en su monografía publicada en la *Revista de Integración Latinoamericana*, n.° 136-87.

Sería conveniente citar el caso centroamericano, el cual ha sido escenario de grandes y graves problemas en los últimos veinte años, incidiendo todas estas acciones directamente en las economías y políticas de las mismas.

Si bien es cierto que la integración ha tenido sus aciertos dentro del área, especialmente la centroamericana, hay quienes también afirman que ha resultado un fracaso, otros menos detractores, como Grabendorff, se colocan en una posición escéptica. Sin embargo, la integración se ve reivindicada a sí misma cuando en situaciones de crisis como la actual se presenta como una de las vías más validas a las cuales acceder.

Otro de los problemas que abordaremos, aunque de forma más tímida por tratarse de un tema muy extenso, es el referente al de la deuda externa de los países latinoamericanos, su tratamiento es de suma importancia por cuanto en ésta se ve involucrado el futuro de la cooperación financiera latinoamericana de la próxima década.

Por último, parece de interés mirar la incidencia de las relaciones iberoamericanas en el contexto internacional, con atención especial al caso de la CEE, como establecimiento de las reglas de juego, que en este momento parecieran estar claras, en cuanto al nuevo orden que toma el mundo; y el acomodo económico que se produce, por ende, quedando los países latinoamericanos al margen, por lo que es necesario replantearse su inserción sobre una nueva estrategia.

Por último, pretendo ensayar un breve diagnóstico de la situación integradora iberoamericana y un repaso por las diferentes posiciones que hoy se manejan en torno a la integración y que nos permitirán llegar a establecer unas conclusiones acordes con los interrogantes planteados al principio de esta introducción.

Los antecedentes generales del proceso de integración

Durante años se ha venido sosteniendo en los países iberoamericanos y de Centroamérica la importancia que reviste la cooperación entre los mismos. Se ha tomado en consideración la interdependencia y la complementación de las economías así como sus capacidades y ventajas, acorde con los criterios de austeridad en vigencia, los estudios, los programas y la coordinación, así como otras acciones se han

llevado a cabo con el aprovechamiento óptimo de los recursos a disposición de los diferentes países, sin menoscabo de los compromisos de solidaridad internacional.

Por otra parte, se ha considerado en todo este proceso el análisis y utilización de mecanismos de orden práctico que estimulan y facilitan los trabajos conjuntos y la colaboración recíproca, con lo cual se ha evidenciado un alto grado de interrelación en materia de cooperación.

Sin embargo, si hacemos un estudio detallado de lo que ha sido la cooperación en estos países vemos que a nivel de acontecimiento, no de décadas, nos encontramos con que América Latina ha sido un continente en crisis por cuanto, en términos y en aras a la integración, cada país ha experimentado un desarrollo desigual, lo que hace difícil poder comparar las estructuras económicas y políticas, en primer lugar. Por otro lado, hay que considerar los diferentes esfuerzos que en este sentido se han realizado por intermedio de los organismos que operan en la región.

La afirmación anterior permite poder observar que algunos de estos países se encuentran en condiciones de mayor dependencia frente a los demás desarrollados de la región.

En relación a este problema Grabendorff señala que:

> ...el crecimiento económico ha traído consigo y para muchos países nuevas dependencias, particularmente en el caso de los países más pequeños, que ya no son dependientes únicamente de las naciones industriales sino también de los polos de desarrollo regionales. Entre estos polos de desarrollo se encuentran indudablemente México y Brasil, mientras que Venezuela y Argentina, si bien pese a cierto potencial para poder ocupar tal posición, no alcanzan los niveles de influencia de México o de Brasil por razones económicas y/o políticas [2].

Vemos, dentro del mismo orden de ideas, la importancia que alcanzó Iberoamérica, en el escenario de la política mundial, en comparación con otras regiones del mundo, especialmente destaca el creci-

[2] W. Grabendorff, «Perspectivas y polos de desarrollo en América Latina», en *Integración y Cooperación en América Latina*, Colección ILDES 4, Brasil, 1982, p. 59.

miento desproporcional de la influencia de algunos de sus países como Brasil, México, Argentina y Venezuela.

En esta misma medida ha tenido importancia la tasa de crecimiento económico que experimentó América Latina, en comparación con algunos otros países del tercer mundo, esto gracias a su abundancia en recursos. Ha sido esta situación la que obligó a estos países a buscar asegurarse económicamente y participar en las decisiones y juegos económicos que le ofrecía el sistema internacional.

Dentro de este contexto, en el cual Iberoamérica va a desempeñar un papel muy importante en la creación del nuevo orden económico mundial, cabe reflexionar sobre la reconsideración de las relaciones con los países industrializados así como el poder imponer sus propios intereses como región.

En la década pasada en los países de América Latina, vinculados por razones diversas, más que nada por motivos históricos y culturales, consiguieron establecer un esquema a escala regional y subregional, tendente a mejorar su desarrollo y declarar su autonomía, basados en la extraordinaria vigencia que cobraron en ese momento «las tesis de la integración latinoamericana». Sin embargo, para algunos observadores resulta hoy increíble tal proceso por las diferentes manifestaciones de agresivo nacionalismo, que han llegado a crear una situación muy conflictiva en algunos países.

Aparentemente, este proceso se ve más acentuado a la luz de la tendencia hacia la regionalización que se ve en otros lugares del mundo. El avance hacia la integración económica de hace algunos años parece ahora desajustado frente a la profundización de esquemas integrativos en Europa occidental.

Los esfuerzos realizados en este sentido se observan en acciones puestas en marcha, no sólo en sentido económico sino también en las iniciativas de la década de los sesenta —estudios y fórmulas para la integración fronteriza—. Notorios son los programas colombo-venezolanos, colombo-ecuatorianos, peruano-ecuatoriano, brasilero-uruguayo, etcétera. En abril de 1961, en el discurso que Felipe Herrera, ex-presidente del Banco Interamericano de Desarrollo y antiguo coordinador general de ECIEI, dirigiera a la Segunda Asamblea de Gobernadores del BID fundamentó esta orientación en los términos siguientes.

En muchos casos, históricamente, las fronteras fueron el resultado de preexistentes arreglos administrativos de la época colonial más que

las determinantes de las realidades geográficas o económicas, y estas circunstancias dieron origen a problemas internacionales que, felizmente, dentro del sistema interamericano, han tendido a resolverse. La existencia de zonas geográficas o económicas que abarcan diversos países crea la necesidad de una acción coordinada de esas naciones. Se podría pensar en un desarrollo integrado de los recursos de los países adyacentes al amplio sistema fluvial de los ríos Paraná y Paraguay; las perspectivas de un desarrollo económico y social de las comunidades indígenas andinas, especialmente Bolivia y Perú; las posibilidades de planear una acción coordinada de aprovechamiento de la Patagonia de Chile y Argentina; la explotación de una forma conjunta por los países amazónicos de esa cuenca de incalculable porvenir para la humanidad.

Por otra parte, existe una realidad de carácter jurídico-institucional del proceso de integración que viene a constituir la infraestructura de un proceso que está por encima de los meros convenios internacionales. La cohesión de América Latina vista como un proceso de desarrollo de permanente profundización no podría ser posible sin una estructura jurídica que manifestara su interés político a largo plazo para una acción conjunta, que saltara los obstáculos que odian impedir el desarrollo o seguimiento del proceso. Es por este motivo por lo que no puede dejar de subrayarse el importante papel que para la integración ha tenido el surgimiento de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1961. A pesar de haber sido reconocido en varias ocasiones el agotamiento de la misma, como señalaré en otra parte del trabajo, ha sido un hecho el que este mecanismo abrió nuevas perspectivas y que el Tratado de Montevideo, al que haré referencia más adelante, aún tiene gran significación.

La integración propuesta trae consigo la idea base de crear un mercado común en América Latina, lo que se lograría a largo plazo a través de mecanismos como el Mercado Común Centroamericano (MCCA) y el Área Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).

En relación al Mercado Común Centroamericano, se alcanzaron ciertos logros en cuanto al comercio intrarregional; sin embargo, los esfuerzos dentro de la ALALC para coordinar el comercio exterior y las políticas de industrialización no fueron tan exitosas, veamos lo que al respecto señala Grabendorff «... los países miembros menores pronto se dieron cuenta de que los estados ABM (Argentina, México y Brasil),

compartían casi todos los beneficios del ALALC, debido a su industrialización más avanzada» [3].

Lo que he querido significar con este último comentario es nuevamente la idea de desarrollo desigual que está presente en toda América Latina, por cuanto se ha dado por considerar que la integración regional sólo será posible entre países con grados de desarrollo aproximadamente similar.

El Pacto Andino se fundamentó sobre esta idea. A partir de la unión aduanera se pretendía armonizar los programas de desarrollo industrial, ensamblar las infraestructuras y, por ende, expandir la cooperación de los países miembros en lo referido a la parte financiera.

Las dificultades en materia de distribución así como redistribución en la inversión extranjera fueron causa del surgimiento de diferencias de tipo político entre los países miembros del Pacto Andino. Este intento de cooperación regional condujo a la tentativa de una nueva forma de cooperación regional con la fundación del Sistema Económico Latinoamericano SELA en 1975, y del cual se habló en el capítulo primero.

Si bien en años recientes la evolución del comercio revela una tendencia negativa de la capacidad del Grupo Andino como mercado de absorción de exportaciones en los intercambios intrasubregionales, hay que señalar que la iniciativa integradora subregional produjo, a lo largo de sus 15 años de existencia, un efecto de transformación, especialización y diversificación de las exportaciones del Grupo Andino hacia la misma subregión, y desempeñó así un papel que en teoría debería haber tenido el comercio con otras áreas, y en particular con los países desarrollados u otros países de América Latina.

En efecto,

> ...pese a las tensiones resultantes de un relativo estancamiento del programa de integración económica, la expansión del esquema continuó desde el punto de vista institucional, así como dentro del ámbito inherente y más alla de los límites de él. A partir de 1980, el Acuerdo de Cartagena completó su desarrollo institucional, al ser establecido su tribunal de justicia [4].

[3] W. Grabendorff, *op. cit.*, p. 63.

[4] Centro Interuniversitario de Desarrollo, CINDA, Instituto de Altos Estudios de

También aparece en este período un sistema de cooperación política entre los países andinos o Consejo Andino integrado por los ministros de Relaciones Exteriores y el Parlamento Andino, ésta coadyuva a que los cinco países miembros a partir de esa acción coordinada en materia de relaciones económicas institucionales y de los intereses comunes consigan el establecimiento de convenciones de carácter internacional, es decir, con países ubicados fuera de la región.

Es necesario señalar que en los últimos años este esquema subregional se ha visto rodeado de un entorno desfavorable, en cuanto a las políticas que frente a los nuevos desafíos han tenido que asumir los diferentes países. Por otro lado, y a pesar de las dificultades, el proceso de integración sigue siendo considerado como instrumento de desarrollo del sistema de relaciones políticas, sociales, económicas en el marco o contexto latinoamericano.

Teoría y práctica de los procesos de integración

1. *La integración regional*

Cuando hacemos referencia a la integración regional nos estamos refiriendo entre otras cosas a los comunes vínculos de carácter geográfico, histórico-cultural y económico que logran dar cuerpo a este proceso a través de modelos encaminados a alcanzar el desarrollo en los niveles regionales y subregionales. Estos modelos inspirados por doctrinas y acciones de cooperación intrarregional se orientaron a la promoción de empresas conjuntas latinoamericanas. Al respecto el convenio del SELA establece estos tipos de acciones cooperativas, convenios de abastecimiento regional, impulso a la industrialización, defensa de las materias primas y productos básicos, capacidad de negociación, conducta de empresas transnacionales, cooperación sectorial, y ayuda ante la emergencia.

En cuanto a la presencia de los países de menor desarrollo, se señala en un estudio realizado por el Centro Interuniversitario de Desa-

América Latina de la Universidad Simón Bolívar, IAEAL, *Manual de integración latinoamericana*, colección «Universidad y Desarrollo», Caracas, 2.ª ed., 1987, p. 133.

rrollo que «la política multilateral desplegada por Bolivia y Ecuador no siempre ha privilegiado los procesos de integración, aunque tampoco sería justo afirmar que los ha dejado indiferentes», pues la participación de estos países ha dependido entre otras cosas de la situación política interna que les ha tocado vivir y, por otro lado, de la situación económica y social que éstos ocupan en la región, aun cuando son países que cuentan con una gran potencialidad de crecimiento económico.

Por último, en relación al tema de la integración regional hay que añadir la incidencia o impacto que las mismas corrientes políticas han tenido, en cuanto a la orientación de los proyectos integracionistas que en su mayoría han sido de corte reformista entendiendo como tal: «...las colectividades que han propuesto realizar transformaciones globales y profundas en sus respectivas sociedades por métodos constitucionales [5].

2. *La solidaridad regional*

> La solidaridad, desde el punto de vista de la posible asociación de grupos humanos existentes, prospera cuando sus integrantes se sienten similares. En este caso «los protagonistas se asemejan unos a otros en uno o en diversos aspectos». Pero hay que diferenciar dos tipos básicos de similitud en torno a los cuales se pueden fundamentar intentos integrativos: «la similitud en cuanto a que los actores tienen el mismo *status* y similitud en el sentido de que sostienen los mismos valores. En el primer caso, los actores se agrupan en virtud de encontrarse en posiciones similares dentro de estructuras sociales comparables, y por tal razón comparten perspectivas e intereses; en el segundo, la motivación que los impulsa a unirse radica en el hecho de que se comparten los mismos valores [6].

De acuerdo con lo anterior, podríamos señalar que como característica al sistema latinoamericano tenemos el grado de solidaridad y de cooperación que es una constante en la estrategia integrativa, por otra

[5] *Manual de Integración...*, p. 277.
[6] *Manual de Integración...*, p. 407.

parte la búsqueda de la «interdependencia, en la que la solidaridad está privilegiada».

La experiencia andina constituye, desde el punto de vista analítico, una riqueza poco común, en cuanto a experiencia de solidaridad. Los elementos novedosos que él mismo introduce en la estructura del sistema latinoamericano justifican entonces un tratamiento desde distintos planos de análisis. En efecto:

> La presencia del agrupamiento subregional andino vendrá a romper el tradicional sistema de equilibrio localizado. Éste tuvo su origen en una diplomacia cuyos patrones de referencia no eran otros que los del «Concierto Europeo». Durante largos años el juego del equilibrio no dejó de tener justificaciones. Entre otras cosas, sin duda «educó» a nuestros diplomáticos, y sirvió también a los intereses de la paz. Pero, como con todas las cosas, llegó un momento en que el sistema dejó de ser funcional. En vez de regularizar las relaciones diplomáticas o constituir algo así como «el termómetro internacional de la región», debido a mecanismos adormecedores. El juego resultó tan repartido que no daba lugar a la imaginación, faltaba sin duda un sacudimiento o, lo que es lo mismo, un desafío. Alguien debía demostrar que se podía y se debía hacer algo. Y vaya si lo hicieron [7].

El Pacto Andino instaura en la región una nueva política estratégica y reafirma durante años la necesidad de una política integracionista que toma en consideración los beneficios de «todos» los países que lo integran. Por último la integración andina constituye una demostración de las posibilidades de compatibilidad de intereses nacionales e intereses regionales, autonomía, capacidad participacionista, y solidaridad en general.

Otras formas de integración solidaria en el área latinoamericana desde el punto de vista institucional lo constituyen además del Pacto Andino el SELA, que es la organización para la proscripción de las armas nucleares en América Latina, establecida en el seno de la Conferencia de Tlatelolco, a la que ya se ha hecho referencia en el Capítulo I. También se hace mención, cuando se trata el tema, de la solidaridad

[7] Cf. C. Pérez Llana, «¿Potencias intermedias o países mayores? La política exterior de Argentina, Brasil y México», *Estudios Internacionales, n.°* 29, 1975, p. 47.

regional o integración solidaria la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), ya que éstos asumieron un extraordinario papel en 1970-1974, demostrando que «la unidad es el recurso de poder más formidable con el que cuentan los países pequeños».

Un problema que ha sido tratado de manera implícita en este trabajo es el de la deuda externa; éste constituye un punto de enlace, por un lado, en cuanto a la crisis en el área y, por el otro, en cuanto a la estrategia a la que lleguen los países y a la cual se ajusten solidariamente como fórmula de reconocimiento de la necesidad de un mecanismo de coordinación que coadyuve a enfrentar las condiciones o programas impuestos por los acreedores.

Desde 1982 América Latina y el Caribe han transferido al resto del mundo recursos en términos de millones de dólares, durante la presente década el pago del servicio de la deuda de estos países alcanza niveles extraordinariamente altos cualquiera que sea la unidad de medida que se utilice para su medición.

Sin una solución adecuada del problema, los países de la región no podrán retomar su proceso de desarrollo económico y social; esto es, lograr un crecimiento de sus economías que asegure el mejoramiento en forma permanente de los niveles de vida de sus habitantes. Es de saber que los esquemas y modelos sobre la solución de la deuda externa latinoamericana han conducido a signos utópicos, por cuanto, las renegociaciones no han conducido a soluciones efectivas.

Todos los «esquemas» hasta ahora utilizados para enfrentar el problema han dado como resultado la reestructuración de los términos y condiciones de pago. Las últimas manifestaciones emanadas de los gobiernos de los países acreedores señalan sus dudas acerca de estos métodos eficaces.

En relación a lo anterior habrá que profundizar esta capacidad solidaria a fin de poder enfrentar de manera mancomunada el problema planteado por la crisis de la deuda externa, la cual se ha convertido en un dilema para los países no sólo de América Latina sino para todos los países del tercer mundo.

Volviendo al tema de la deuda y la integración como salida a la crisis, no deberá tomarse como la única solución, aún cuando sí sería uno de los elementos que formarían parte de la estrategia de salida de la crisis señalada como la más profunda experimentada por América Latina en lo que va de siglo.

La anterior afirmación la hago en virtud de que el proceso de integración podría servir como vía para ampliar el comercio y fortalecer el sistema de relaciones intrarregionales y poder, por ende, mejorar las condiciones externas de nuestros mercados.

En cuanto a la deuda externa y el contexto internacional, el director del INTAL [8], en el año 1986, cita algunos datos tomados de un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo, donde se identifican tres condicionantes que operan sobre la deuda y son:

> a) la voluntad y capacidad de los países latinoamericanos para conciliar las medidas de ajustes a corto y medio plazo con el imperativo de restaurar los procesos de crecimiento y desarrollo a largo plazo;
>
> b) el logro de una reactivación vigorosa y estable de las economías de los países industriales que permita la recuperación del comercio mundial y la expansión de las corrientes del capital, y
>
> c) el fortalecimiento de la cooperación económica y financiera internacional con atención especial a la necesidad de restablecer la capacidad de pago externa, de un modo compatible con el crecimiento económico de los países latinoamericanos.

Puede decirse que los condicionantes que operan alrededor de la deuda externa y de la situación económica de los países latinoamericanos en el escenario internacional son múltiples y complejos, de acuerdo con la opinión de Mario Vacchino, «por el lado externo los mercados internacionales de capital privados se expandieron a lo largo del decenio de 1970, a base de un optimismo exagerado sobre la capacidad de los países en desarrollo de continuar la expansión de la década anterior» [9]. Así, durante todo el decenio de 1970, se fueron incorporando nuevos prestatarios en los países en desarrollo, sin ninguna o con escasa experiencia anterior.

Aun cuando en la realidad fueron múltiples las causas que llevaron a los países latinoamericanos a la crisis, un elemento determinante fue el «*shock* petrolero y la recesión internacional» que dio señal del

[8] Véase J. M. Vacchino, «La integración regional como respuesta a la crisis de la deuda externa de América Latina», en Instituto para la integración de América Latina (INTAL), *Revista de Integración Latinoamericana*, n.° 109, enero-febrero, 1986, pp. 9-10.

[9] M. Vacchino, *op. cit.*, p. 9.

comienzo; como causa de esta misma recesión resultó casi imposible lograr un crecimiento de las exportaciones que fuera capaz de amortiguar el crecimiento en los pagos de servicio de la deuda externa. Ya en 1981, la economía se encontró con una situación tal que era inevitable la recesión. Lo más grave es que los pagos externos se mantienen a niveles tales que para la mayoría de los países de la región son difíciles de afrontar sin acceder a nuevos préstamos.

Sin duda los países latinoamericanos han enfrentado el tema de la deuda con esfuerzos extraordinarios, pero, sin embargo, este enfrentamiento ha sido aislado, es decir, sin aunar la causa común a todos, en tal sentido es conveniente tal como en años atrás ya no celebrar acuerdos de integración sino más bien reactivar los ya existentes, de forma que se puedan lograr cambios en las estructuras productivas, lo que también podría producir una ampliación de nuestros mercados; es decir, que el proceso de integración debe ser un marco de referencia para el cambio posible.

Ahora bien, el tema que hemos comenzado a tratar está relacionado directamente con el problema del desarrollo, y, como vemos, en los países de América Latina el tema de la deuda y del desarrollo parecen estar imbricados y de hecho lo están. Una explicación a este problema podemos encontrarla en el PIB real per cápita de la región, el cual en el año 1988 descendió a una cifra comparable a la de 1978 [10]; otro indicador lo constituye la tasa media de desempleo urbano que aumentó de 7 por ciento en 1979 a 11 por ciento en 1987, habiendo llegado en 1985 a 12 por ciento, que es el nivel más alto registrado desde el término de la década de los años 60. Los efectos sociales de la crisis han provocado un daño que será muy difícil de reparar y cuyas consecuencias continuarán sintiéndose durante muchos años.

Por eso, resulta conveniente analizar algunas propuestas e iniciativas recientes en materia de deuda externa, aunque de manera muy resumida y sucinta.

En la reunión ordinaria del Consejo Latinoamericano, se decidió, a instancia de:

[10] Datos obtenidos del informe de la secretaría permanente del Sistema Económico Latinoamericano SELA. XV Reunión Ordinaria del Consejo latinoamericano, Cartagena de Indias, Colombia, 25 de julio al 1 de agosto de 1989. *(Situación de la deuda Externa de América Latina y el Caribe.)*

los presidentes de la República Argentina Dr. Raúl Alfonsín (1988) y de la República Francesa Sr. François Mitterrand, del Gobierno de Japón, y de la UNCTAD, la discusión del establecimiento de una Autoridad Internacional para la Gestión de la Deuda (*Internacional Debt Management Authority*, en su original en idioma inglés) por parte del Congreso de los Estados Unidos y los elementos centrales del Plan Brady y la propuesta del grupo de los ocho, los cuales proponen el establecimiento de un nuevo enfoque en el tratamiento de la deuda que haga viable el proceso de recuperación económica y social en América Latina. En indispensable que todos los protagonistas, gobiernos deudores y acreedores, banca comercial y organismos multilaterales, colaboren a resolver el problema de fondo repartiéndose los costos de modo más equitativo [11].

Otra situación interesante al respecto de la solidaridad en el área es la referida al carácter de apoyo brindado a los países centroamericanos, con especial atención en el caso de Nicaragua durante los años 80, así como ante las invasiones de las que han sido objeto estos mismos países por parte de Norteamérica, lo que ha despertado un alto grado de solidaridad por parte de una gran mayoría de los países latinoamericanos.

Veamos, finalmente, qué implica la integración solidaria. Señala al respecto el libro del CINDA, *Manual de integración latinoamericana*, que la integración solidaria se fundamenta en alianzas; vale decir, en uniones de estados decididos a conseguir determinados objetivos sectoriales, pero que se fundamentan en valores compartidos, entre los que descuella el de la autonomía. «Como parte de este sistema de alianzas menciona al mismo manual "Las alianzas para el mantenimiento de las seguridad regional, Alianza para la solución pacífica de los conflictos, Alianza para la integración fluvial latinoamericana".»

[11] Véase el informe del SELA sobre «Situación de la Deuda Externa de América Latina y el Caribe», XV Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Cartagena de Indias, Colombia, 25 de julio al 1 de agosto de 1989.

3. *Los factores de la integración*

La integración cultural

Hace referencia a la armonía, coherencia y unidad interna existentes entre todos los elementos de un sistema sociocultural.

Si nos ubicamos dentro del tema de la cooperación a nivel internacional nos encontramos con que el avance del mundo contemporáneo, más precisamente en cuanto a la creación de mercados comunes en el mundo, bien sea entre países desarrollados (el caso europeo), o en vías de desarrollo (América Latina), lleva aparejado el avance de otros procesos, como los culturales, especialmente entre países como los nuestros, que tienen una historia común, comparten una serie de valores y, más aún, tienen un desafío en el futuro inmediato. En relación a este tema en América Latina hay que destacar las acciones de algunas organizaciones que han mostrado su preocupación al respecto, como la OEA. Los países del Pacto Andino también han participado de esta tarea a través del Convenio «Andrés Bello», a nivel más general tenemos la labor de la UNESCO. Esta integración cultural latinoamericana se expresa en una realidad aún más profunda y lejana que, llámesele precolombina o ibérica, sigue marcando nuestra historia.

Vemos la importancia que en el campo regional puede tener el factor cultural, en cuanto se convierte en un agente movilizador de fuerzas provocando aproximaciones, intercambios y relaciones armónicas entre los países, aun cuando en algunos casos las relaciones en el campo económico, social o político no lo sean.

La integración económica

Ya se hizo referencia antes a la noción de integración económica, en este caso nos encargaremos sólo de hacer la conceptualización, y más adelante veremos cómo es que la integración económica ha cumplido un papel dentro del proceso de integración latinoamericana.

> La integración económica entre dos o más países supone la eliminación en sus relaciones mutuas de las medidas discriminatorias adoptadas por cada uno de ellos frente al exterior. Por ello, en una

> amplia interpretación se puede considerar que un incremento en las transacciones económicas y financieras entre dos o más naciones, cuando es el resultado de la eliminación de barreras o impedimentos a la intensificación de relaciones, supone ya una forma de integración, puesto que los elementos pasan de unos determinados contextos específicos para cada uno a ser parte de un espacio económico en cierto grado homogéneo [...]. El proceso de integración comporta, pues, la construcción de unidades superiores y más complejas. Cuantas más barreras se eliminen y cuanto mayor sea la tendencia a formar una unidad económica superior, tanto mayor es el grado de integración [12].

Como se puede observar, todos y cada uno de los conceptos utilizados nos dan cuenta de lo que lleva implícito un sistema de integración, pues no pueden obviarse el grado de solidaridad con el que se dan los procesos ni tampoco los elementos culturales y económicos presentes, a partir de aquí podemos comenzar a trabajar con un nuevo concepto, que es el punto central del análisis, me refiero a la integración regional:

> ...el término «integración regional» se refiere a un proceso que tiene lugar entre dos o más estados, en una escala geográficamente limitada y en un plano inferior al de la integración global que comprendía una serie de fenómenos a escala universal, tales como el derecho internacional, las Naciones Unidas, el comercio mundial o los movimientos de población [...]. Los conceptos de integración regional comprenden así mismo ciertas tendencias propias de las organizaciones burocráticas. De modo especial la tendencia característica de todas las organizaciones internacionales a expansionarse siguen unas líneas funcionales, con ayuda de ideas jurídicas que responden a un nuevo concepto de la necesidad sentida por los propios actores; [así], las actuales pautas de integración regional pueden clasificarse de acuerdo con: a) El objetivo elegido para la acción conjunta, b) la naturaleza de los estados participantes, y c) la clase de instituciones centrales que hayan de establecerse... [13].

[12] En *Diccionario de Ciencias Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 1.129.

[13] En *Diccionario de Ciencias Sociales*, p. 114.

En relación a la integración regional, tomando en consideración las pautas de integración y su clasificación, tenemos que, en la búsqueda de una mayor autonomía regional, los distintos gobiernos han mostrado su acuerdo pero en el momento en que se ha establecido un modelo «único de desarrollo fundamentado en la visión ortodoxa que surgió de la CEPAL», se comenzó a producir de acuerdo con algunos autores una desvinculación y pugna entre los criterios seguidos por los mecanismos de la integración y las políticas aplicadas en el seno de organismos como la ALALC que llevaron a su posterior parálisis y disolución. Como parte de este conflicto, se vio igualmente afectado el MCCA, en el caso del Pacto Andino el conflicto fue más agudo en cuanto las diferencias de enfoque por parte de los gobiernos y los órganos del acuerdo llegaron a ser irreconciliables.

La principal dificultad que ha afectado a esos procesos ha sido la de asumir «visiones unidimensionales de la conducción económica que cabría desarrollar, las que inevitablemente habrían de chocar con las políticas y criterios que seguían los gobiernos miembros». Mientras los órganos de la integración han tendido en general a promover modelos fundamentados en alto grado de planificación y orientados hacia una cierta dirección económica, los países miembros han patrocinado políticas más liberales ajustadas a sus particulares intereses en materia de comercio, inversiones y otros aspectos del desarrollo. Si bien en algunas coyunturas las políticas respectivas han coincidido, como ocurrió con la creación del Grupo Andino, esta coincidencia no ha sido de larga duración en ninguno de los procesos latinoamericanos.

Los planes de cooperación para el desarrollo

Para finalizar el tema que vamos a tratar no estaría mal diferenciar, aunque no de manera muy estricta, los términos «cooperación» e «integración», pues bien, en el caso del término «cooperación» se suele utilizar en sentido globalizante «cooperación e integración» claro está que, cuando se habla de cooperación y desarrollo, el término «cooperación» toma una connotación distinta, es decir, sería una acción «encaminada a disminuir la discriminación», en el caso de la integración regional el término va implícito.

Para algunos autores esta diferenciación entre integración y cooperación es meramente instrumental para los mismos: «son procesos de integración los que se desarrollan en el marco de los tratados formales de la integración regional y subregional, tales como ALADI, Grupo Andino, Mercado Común Centro Americano y CARICOM y procesos de cooperación, aquellos que se desenvuelven al margen de dichos tratados... [14]».

En cuanto a la estructura económica, en la región aún no se han logrado incorporar todos los sectores al proceso económico y en otros no se logra una estabilización. La dependencia del capital y de la tecnología extranjera ha crecido en la medida en que los países de la región se han ocupado más de producir para la exportación con el único fin de obtener divisas, lo que puede favorecer a un sector de la economía pero no a las necesidades de las clases más necesitadas.

En este sentido,

> América Latina hoy en día se presenta como una región semiindustrializada cuya producción industrial ha alcanzado más o menos el nivel de la Comunidad Europea del año 1950. Hasta 1990, América Latina alcanzará probablemente el volumen de la producción industrial de la CE de 1990. Tal perspectiva, sin embargo, no debe hacernos suponer que con ello logrará un bienestar similar, ya que la población de América Latina está creciendo a doble ritmo, comparado con la CE [15].

Ahora bien, vemos que dentro de la región el desequilibrio es cada vez más pronunciado ya que países como México, Venezuela, Brasil y Chile ante la situación tratarán de concentrar en ellos mismos los recursos regionales e internacionales; como señala el mismo Grabendorff, la necesidad de superar los problemas sociales en cada uno de estos países obliga a las élites de cada Estado a implantar sistemas de «planificación dirigistas mucho más amplios que los de los países in-

[14] C. Palacios Maldonado, «La Integración bilateral», Instituto para la Integración de América Latina, *Revista de Integración Latinoamericana*, n.º 136-137, julio-agosto, p. 45.

[15] W. Grabendorff, «Perspectivas y polos de desarrollo en América Latina», en *Integración y cooperación en América Latina*, The University Presses of Florida, ILDES: Instituto Latino Americano de Desenvolvimiento Económico y Social, colección ILDES 4, Brasil, 1982, p. 66.

dustrializados». En todo caso los productos que América Latina vende a los países desarrollados tienen que superar una barrera arancelaria, de manera que una de las soluciones para América Latina en este sentido es intentar ampliar su mercado interno.

Es sobre este conjunto de ideas donde puede señalarse lo difícil que resultaría que los países latinoamericanos, con un desarrollo económico superior, intenten insertar sus productos en el mercado mundial como parte de una mayor integración.

En cuanto al sistema político en América Latina existe una amplia variedad, algunos con un grado de estabilidad mayor que otros, pero parece que la constante es la inestabilidad a juzgar por el caso de Argentina, que en las últimas dos décadas ha experimentado cambios democráticos, populistas y dictatoriales. «En efecto, una de las explicaciones que se usan a menudo consiste en interpretar el desarrollo de los sistemas políticos en América Latina en torno al cambio social y económico o a factores estructurales» [16].

De acuerdo con lo anterior, es evidente que en los últimos seis años la situación económica de países como Argentina, de cual ya hemos hecho mención, parecen tornarse cada vez más crítica. Si miramos al interior de estos países nos encontramos con que sus sistemas políticos tampoco muestran grados altos de estabilidad. El problema sustancialmente más grave es el de la deuda externa y las condiciones a las cuales están sometidos los mismos, habría que señalar los casos de Venezuela, México y Brasil, que cuentan con las deudas más cuantiosas, y los cuales, conjuntamente con los anteriores, confrontan procesos de crisis y ajustes muy severos en sus economías; una de las salidas con la que cuenta estos países frente al problema de la deuda es: «...la adopción de criterios comunes de renegociación y la presión para que se cree un marco institucional internacional que permita renegociaciones más fáciles y expeditas» [17].

Parece que la salida más adecuada fuera la del enfrentamiento mutuo del problema mediante una política de apoyo que apunte a disminuir la vulnerabilidad que ha estado caracterizando a los países de

[16] W. Grabendorff, *op. cit.*, p. 30.

[17] H. Muñoz Valenzuela y F. Orrego Vicuña, *La cooperación regional en América Latina. Diagnóstico y proyecciones futuras*, El Colegio de México, Universidad de Chile; México, 1.ª ed., 1987, p. 550.

la región durante los últimos años; en este sentido Alain Touraine señala:

> América Latina sucumbirá a buen seguro si no es capaz de luchar eficazmente contra sus propias debilidades y movilizar sus recursos, no sólo económicos, sino también políticos y humanos, para un nuevo crecimiento [...]. Mientras América Latina siga siendo una sociedad tradicional donde al parecer cuenta más que el hacer y las relaciones personales el cálculo racional, donde los privilegios condenen a los intereses, donde las desigualdades y el consumo ostentorio disminuyan la inversión productiva en provecho de gastos de lujo improductivos, no tendrán opción más que entre el subdesarrollo global y una dualización creciente, habiéndose incorporado algunos sectores al mundo desarrollado por mediación de empresas nacionales o gracias a la modernización introducida por grandes empresas públicas [18].

De acuerdo con lo anterior podría señalarse que América Latina no cuenta con una capacidad técnica lo suficientemente innovadora, capaz de poder movilizar social, económica y políticamente a los actores, lo que de continuar así podría redundar en un mayor debilitamiento de estos países por cuanto en la escena internacional los actores cuentan con capacidades de inversión, negociación e innovación más potentes.

Pero también hay que resaltar el hecho de que América Latina siempre ha buscado otras vías, y así lo evidencian las múltiples acciones dirigidas a la búsqueda de nuevos mecanismos, y que recientemente se traducen en una infraestructura que permite la firma de nuevos acuerdos, convenios que implican una esperanza a la concertación en el área; en este sentido, Touraine señala que la vía más expedita es la que combina «crecimiento económico y participación social»; esto hará que la integración cuente con mayor legitimidad en el sentido de que cuente con la participación de todos los sectores: sociales, empresariales, políticos, intelectuales... Lo que no se ha conseguido en cierta medida es despertar una cierta concienciación alrededor del espíritu lati-

[18] A. Touraine, «¿Puede desarrollarse América Latina?», *El País*, domingo 12 de noviembre de 1989, p. 10.

noamericanista, al menos en los sectores encargados de llevar adelante el proceso. Por el contrario, el proceso ha provocado la exclusión de ciertas zonas y, por otro lado, ha generado un alto nivel de dependencia frente al exterior.

Otra vía fue la del endeudamiento externo, como ya se mencionó antes ésta ha sido una de las causas de los profundos cambios políticos y económicos de los últimos años, lo cual por otra parte ha abierto nuevas posibilidades a la integración, aumentando ampliamente la conciencia del valor que para nuestros países tiene América Latina como región, se dice que el ajuste que a nivel estructural ha venido aplicándose en algunos países de Latinoamérica podría encontrar en la integración una opción para hacer «menos doloroso y más eficaz el sacrificio». Por otra parte, «...la mayor permeabilidad y conciencia del problema que comienzan a exhibir los países acreedores crea un contexto internacional que podría ayudar a poner en marcha una estrategia de desarrollo regional que contribuya a solucionar el problema del endeudamiento» [19].

Hasta hace unos cuatro años los esfuerzos especialmente en el área comercial intrarregional habían retrocedido y los acuerdos e instituciones relacionados con la integración se encontraban con grandes dificultades, lo que hace significar que el proceso de integración especialmente en estos momentos no será fácil sin un alto grado de voluntad política por parte de los países del área latinoamericana, lo cual se vislumbra en algunas informaciones recientes que apuntaban hacia la reactivación del mercado común andino en medio de críticas de los industriales.

Hay que señalar que la diferencia de desarrollo ha dejado de ser un obstáculo para la integración, los países de mayor desarrollo o intermedio se han transformado en exportadores de tecnología y de servicios con algunas dificultades para expandir sus colocaciones en el mercado mundial. Los países de menor desarrollo tienen una gran necesidad de proyectos y a su vez requieren mercados externos preferenciales, para cuya atención necesitan de inversiones y tecnología. Los

[19] F. Peña, «Deuda, ajuste y democracia: ¿un nuevo impulso para la integración de América Latina?», en *Revista de Integración Latinoamericana*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), enero-febrero, n.º 109, 1986, p. 3.

países de mayor desarrollo en compensación por su participación con equipamentos y servicios podrían abrir sus mercados en condiciones similares a las de la iniciativa de la cuenca del Caribe o a las del acuerdo comercial entre Argentina y Uruguay.

Los procesos de integración han estado expuestos en América Latina a una serie de dificultades impuestas bien por las situaciones internas bien por los fluctuantes cambios de las economías externas, esto último afectando a los productos que son exportables en sus precios. Cabe señalar que la integración y la cooperación en la región latinoamericana y del Caribe han contado con poco apoyo a nivel internacional, salvo el caso de la Comunidad Económica Europea, que ha brindado respaldo a estos procesos.

En relación con la cooperación en América Latina hay que señalar que los profundos cambios políticos y económicos ocurridos en los años posteriores a la guerra de las Malvinas y a la crisis de endeudamiento externo, han venido a convertirse en un elemento catalizador en el sentido de que los países latinoamericanos han reflexionado en cuanto al aislamiento en el cual cada uno se sigue manteniendo y la indefensión frente a cualquier amenaza del exterior no sólo en términos económicos sino en cuanto al debilitamiento de fuerzas, y por otra parte es posible que haya despertado —y esto es una utopía— a la idea de que los países del área pueden encontrar, en la propia región, mercados y recursos que tiendan a establecer un plan de desarrollo y respuesta a los grandes desafíos externos. Sin embargo, pasados ocho años de la guerra de las Malvinas, aún no cuenta con fuerza política suficiente para impulsar el proceso de cooperación regional, un poco por las consecuencias que ha tenido en las relaciones entre países el mismo comercio intrarregional, especialmente de las medidas de ajuste, y por otra parte por la falta de un contexto de cooperación económica a nivel regional y subregional que pudiera amortiguar el impacto de las políticas asumidas por cada país en particular, por otro lado y aunado a lo que señalaba antes, una falta de apoyo del sector externo que aún sigue sin conseguirse.

Un proceso de integración y cooperación en América Latina debe contar con el apoyo internacional, especialmente con los países más desarrollados (lo cual se pone en duda por los cambios producidos en los países del este europeo) e industrializados, en cuanto a brindar, en el aspecto puramente financiero, estrategias de salida al actual problema de la deuda, en las cuales se involucraría a los bancos acreedores y

a instituciones multilaterales de financiamiento, así como a los propios países acreedores. Por otra parte, el mundo industrializado puede cooperar mediante el aporte de financiamiento adicional, de inversiones y de tecnología que contribuyan a consolidar un autoesfuerzo regional.

Si bien señalaba antes que pasada la guerra de las Malvinas se incrementó el sentimiento latinoamericano, y aumentó el sentido integracionista también es cierto que en los hechos se ha marcado un retroceso en el funcionamiento del esquema subregional, y en general en la práctica de la cooperación a nivel multilateral un poco como consecuencia de todas las dificultades señaladas antes. Vemos que:

> Entre 1981 y 1984, las exportaciones intrarregionales en la ALADI disminuyeron de 11.187 millones de dólares a 7.106 millones de dólares. En buena medida esta disminución refleja la de la actividad económica en los principales deudores, así como la aplicación indiscriminada de restricciones a las importaciones resultantes de las políticas de ajustes... [20].

Todo lo anterior ha venido afectando no solamente a los esquemas de integración, que han recibido fuertes críticas por parte de los mismos países miembros, sino también, como ya señalábamos, al propio comercio intrarregional, aun cuando esta atrofia se debe en parte a la falta de seriedad en los gobiernos para cumplir con los compromisos asumidos aludiendo siempre a la situación interna, que también es una realidad irrefutable dentro de este panorama. De todo lo anterior podría deducirse que la integración podría no ser una salida para América Latina por cuanto ha sido un proceso muy lento y lleno de muchas dificultades, pero por otro lado ha abierto una brecha en cuanto a las tendencias comerciales existentes en el área que habrán de ser aprovechadas en cuanto se logre superar la crisis y se reactive la integración.

En este sentido, señala Félix Peña,

> ...la idea de la integración regional es sólo retórica, y por lo tanto nada serio cabe esperar en términos de progreso sustancial en las rea-

[20] F. Peña, «Deuda, ajuste y democracia: ¿un nuevo impulso para la integración de América Latina?», en *Revista de Integración Latinoamericana*, Instituto de la Integración Latinoamericana, n.º 109, enero-febrero, 1986, p. 5.

> lidades de la integración. Considero que más bien están indicando que ha sido errónea la ilusión de que integrar las economías latinoamericanas sería un proceso lineal, simple y de efectos especuladores a corto o mediano plazo. Por el momento, creo que lo que se ha logrado es recuperar el espacio para la idea de que es en América Latina donde los países de la región pueden encontrar sustento político y económico para sus propios procesos de desarrollo y para enfrentar desafíos políticos y económicos externos [21].

En cuanto al proceso de cooperación y desarrollo en todos los esquemas hay que resaltar el crecimiento que experimentaron las exportaciones intrarregionales sobre las estructuras de producción durante los años 70, el comercio regional creció, como era de esperar, particularmente en el marco de las negociaciones de los esquemas de integración. Pero también hubo un crecimiento paralelo en los productos no negociados, debido, entre otras causas, a las actividades políticas de promoción de exportaciones combinadas con mejoras en la información y un mayor conocimiento recíproco de los operadores de los mercados regionales.

La repercusión del crecimiento de exportaciones intrarregionales sobre la estructura de producción pudo haber sido más profunda si no hubiese estado limitada, entre otras razones, por la gran inestabilidad de las políticas económicas.

El problema material de la integración iberoamericana: de la utopía a la necesidad

Vemos que uno de los problemas que lleva a plantear la importancia del proceso de integración en América Latina vienen a ser, por una parte, las características que en términos de crecimiento experimenta la región entre los años 1977-1987, lo que se reflejó de una manera significativa en sus exportaciones; por otra parte tenemos la poca importancia que cada vez van adquiriendo en el comercio mundial los países latinoamericanos. Lo que quiero significar es que existen unas condiciones favorables para que se produzca una integración, por

[21] F. Peña, «Deuda, ajuste...», *op. cit.*, p. 5.

cuanto esto en términos económicos podría redundar en una contribución e impulso de un proceso de desarrollo más «dinámico, autónomo y equilibrado» lo que disminuirá la dependencia y «vulnerabilidad» hacia el exterior. La idea anterior se ve reforzada con la opinión que da Felipe Herrera en su artículo «¿Vigencia o fracaso?», éste señala que:

> En la década pasada, los países de América Latina regidos por comunes vínculos geográficos, históricos, culturales y económicos, lograron construir, a escala regional y subregional, esquemas tendentes a acelerar su desarrollo y a afirmar su autonomía, en base a la extraordinaria vigencia que cobraron en ese período las tesis de la integración latinoamericana. Para el observador superficial pareciera que ese ímpetu vital hubiera desaparecido, y más aún, que estuviese siendo totalmente desplazado por manifestaciones de agresivo nacionalismo, que han llegado a crear una psicología belicista en algunos de nuestros países.

Como contrapartida de la situación antes descrita tenemos unas condiciones dominantes en la economía mundial que afectan de manera muy negativa a la posibilidad de una integración en América Latina, situación que se agrava con la crisis del sector externo sufrida por los países de la región, que los ha obligado a adoptar medidas que en algunos casos significan un retroceso en la integración de la región. Estas condiciones incidieron en el proceso de formación del Grupo Andino de manera muy negativa. En efecto,

> ...la racionalidad de la política de integración regional tropieza, a comienzos de los ochenta, con una serie de complicaciones. La mayoría de los países latinoamericanos se encuentran fuertemente endeudados con el resto del mundo. Después de un período de fácil acceso al crédito externo, la restricción de divisas promotoras de la integración económica supone el incremento del endeudamiento a nivel nacional; en 1983, para el servicio de sus enormes deudas en dólares, los países latinoamericanos requerirían disponer de cuantiosos ingresos en esa moneda. La integración económica no es conducente a tal propósito... [22].

[22] J. Grunwald, «Reflexiones en torno a la integración industrial en América Lati-

Ahora bien, cómo responder a la problemática planteada, de si es la integración una necesidad de la región para superar la crisis económica que ha venido atravesando desde hace ya algunos años América Latina, y que se profundiza cada vez más en detrimento de muchos de estos países. Valga señalar los casos de Argentina y Perú; o por el contrario bajo las condiciones descritas, ¿el plantearse una integración más allá de la cooperación regional, podría ser una utopía?

En este sentido es conveniente establecer mediante ciertos criterios y definiciones las alternativas o posibilidades reales que pueda tener el proceso de integración en la región.

La perspectiva o intentos integracionistas de la región latinoamericana dejaron por un momento de ser vistos como el ideario bolivariano, o como una simple utopía de algunos países, pues el haberse hecho posible el establecimiento de una Comunidad Europea, que en todo ha servido como marco de referencia sobre el cual se ha inspirado el modelo integracionista latinoamericano, concretamente, el Tribunal Andino, el hecho de que dentro de la región haya podido fluir toda una corriente de pensamiento tendente a propiciar condiciones para el nacimiento de organismos como el Mercado Común Centro Americano (MCCA) y la Asociación de Libre Comercio (ALALC), abrieron una esperanza para pensar que sí era posible el establecimiento de una Comunidad Latinoamericana, que si bien no incluyera en principio a todos los países del área por lo menos sí a los que contaran con las condiciones establecidas en los convenios. Por otra parte, estos dos organismos constituirían fases transitorias de lo que sería un proceso de desarrollo a darse a largo plazo.

Habría que señalar que en este sentido, algunos países mostraron reservas en el momento de ingresar o formar parte del acuerdo que se tratara ya fuera por que en algunos casos los objetivos planteados por estos organismos comunitarios entraban en contradicción con las políticas internas de estos países, por lo que se mostraban reticentes, o bien por considerar un problema que más adelante será tratado, que es el miedo a una mayor interdependencia de estos mismos países y una mayor dependencia hacia el exterior.

na», en *La cooperacion regional en América Latina, diagnóstico y proyecciones futuras*, El Colegio de México, Universidad de Chile, 1.ª ed., México, 1987.

Para concluir, nos referiremos a las diferentes posiciones teóricas en torno a la conveniencia de la integración iberoamericana. Tomemos como elemento de estudio el escenario posible del Grupo Andino, es decir, las posibilidades que podrían existir de una integración en el área gracias a la presencia de este mecanismo, ya que tanto los países miembros como los órganos del mismo acuerdo se encuentran tratando de reorientar el proceso ante las emergencias y eventualidades surgidas en el área. En este sentido,

> ...la readecuación del proceso de integración andina debería partir de la base de considerar en forma particular la importante experiencia acumulada, la gravedad de la situación actual de la marcha del proceso se agrava, especialmente, por el alto nivel de incumplimiento en los compromisos; el nuevo contexto internacional, y la crisis económica regional y subregional, en especial, los elevados desajustes en el sector externo de varias de las economías del grupo... [23].

Veamos los diferentes escenarios que nos presentan los autores de la cita anterior, los cuales nos permiten observar de una manera simplificada las diferentes readecuaciones posibles tanto, como señalan los mismos autores, en lo que se refiere al instrumental básico como al grado de compromiso.

La posición negativa,

> ...consiste en reducir apreciablemente el grado o nivel de los compromisos previstos en el Acuerdo de Cartagena para llegar al convencimiento de que no es posible mantener o avanzar en el proceso de integración, y en la consiguiente apertura intrarregional, porque los países discrepan profundamente en las orientaciones del proceso y no podrían resolverlas vía un mecanismo de negociación. Así, la integración económica puede ser deseable pero no alcanzable.

Esta visión resulta en extremo poco alentadora puesto que asigna a la integración poca importancia, planteando de hecho la no viabilidad del proceso; por otro lado, lo que plantea es una convivencia co-

[23] A. Aninat, D. French y P. Leiva, «La integración andina en el nuevo escenario de los años ochenta», en *La cooperación regional en América Latina, op. cit.*, p. 226.

munitaria mínima, que no es el caso del Grupo Andino, aun cuando se haga mención al Acuerdo de Cartagena.

Habiéndose dicho que el proceso de integración estuvo inspirado en una corriente de pensamiento dominante en el área (CEPAL), vemos que existen algunos autores como el caso de Wolf Grabendorff que si bien no plantean la falta de optimismo en relación a la integración, plantean opiniones que apuntan hacia la misma línea de pensamiento del primer escenario, algo escéptica: «A pesar del empeño demostrado durante más de treinta años por la CEPAL, la organización regional de las Naciones Unidas para el desarrollo de América Latina, los intentos integracionistas inspirados por ella han tenido relativamente poco éxito». Obviamente habría que incluir la labor del Grupo Andino, puesto que surge sobre la misma línea de pensamiento, y el mismo autor dice que a partir de 1976 «no ha vuelto a inspirar impulsos de desarrollo relevantes» [24].

Por su parte, las posiciones eclécticas o intermedias

> ...también reconocen que el conflicto entre las políticas económicas impide avanzar, y, por lo tanto, se reducen los compromisos para poder recuperar el grado de maniobra nacional, privilegiando el mercado interno. Sin embargo, a diferencia del escenario anterior, la reducción de los compromisos es sólo temporal, pues se establecería un plazo prudencial para esperar otro momento en el tiempo que sea oportuno para la toma de decisiones integracionistas. Una situación como ésta implica un retroceso si se compara con lo previsto inicialmente en el Acuerdo de Cartagena, pero permite la subsistencia de la decisión y de los compromisos de llevar a cabo el proceso aunque en un tiempo posterior [25].

En pocas palabras nos muestra este escenario que las acciones tomadas hasta el presente han sido deficientes, en el sentido de no poder generar las estructuras necesarias para el establecimiento de un comercio recíproco, lo que se evidencia en la falta de consolidación en las relaciones entre los países, por lo que habrá que esperar a largo plazo

[24] A. Aninat, *op. cit.*, p. 227.
[25] *Idem*, p. 227.

el establecimiento de una base preparatoria para que pueda darse el establecimiento de un mercado común.

Aun cuando el segundo escenario resulta más halagüeño que el anterior, ya que valora el proceso de integración, y aunque a largo plazo, es decir, dando una tregua en el tiempo a la espera de mejores condiciones, lo que se traduciría también en un mejoramiento de las relaciones económicas y políticas entre los países del área; por otra parte, nos plantea una readecuación o consolidación de los programas de desarrollo de los mercados, aumentando, por ende, las oportunidades comerciales para la producción; en suma, se lograría una mayor armonización en las relaciones comerciales entre los mismos países del área, lo cual puede resultar demasiado optimista dadas las condiciones actuales.

Las posiciones de carácter positivo, por su parte, estarían caracterizadas

> por el respeto cierto a los compromisos pactados y por la decisión de cumplir con los compromisos pendientes. Esto puede lograrse si los países miembros concuerdan en la prioridad que asignan a la integración, en la necesidad de medidas de emergencia y una cierta armonización de las orientaciones económicas del proceso, [26].

En este último escenario observamos la importancia que se le asigna a la integración, aún más que a otras alternativas, pues consideran los autores que es la posición más ventajosa «en razón de ello, se estima indispensable mantener un esquema avanzado de integración cumpliendo plenamente con los compromisos establecidos y, eventualmente, asumiendo otros adicionales».

Se plantea la posibilidad de resolver las divergencias económicas, a través de la armonización de políticas y la minimización de los desajustes mediante las negociaciones. Una de las políticas a las cuales conduciría este modelo sería el ajuste en el funcionamiento de organismos como el grupo andino, por otra parte, aumentar los compromisos asumidos hasta el momento por algunos de sus mecanismos básicos. Es muy importante considerar que se establece mediante este escenario

[26] *Idem*, p. 227.

la posibilidad de que la integración es posible siempre y cuando se tome en consideración lo siguiente: la situación de emergencia que vive el área, reorientación del proceso económico y, por último, considerar la situación emergente en el contexto internacional, lo que por otra parte refiere a las necesidades regionales.

De manera taxativa también se está planteando en el escenario un mejoramiento en las relaciones institucionales, así como la generación de «organismos técnicos» más ligados al proceso, y, por ende, la existencia de un mayor nivel de compromiso acorde con la magnitud del problema, con lo que se lograrían mayores beneficios con vistas a la integración.

Esta última visión es quizás una de las razones que ayuda a impulsar el proceso de integración durante el decenio de los años 80. Lo anterior se ve sustentado con opiniones como la de Eduardo Conesa, quien señala lo siguiente: «...la integración latinoamericana es la tarea del decenio de los ochenta porque servirá para disminuir la restricción de balanza de pago regional y estimulará el crecimiento de nuestros países...» [27].

Una vez finalizada la década de los años 80 y entrados ya en los 90 vemos que no se cumplió exactamente lo señalado por Conesa, por cuanto se acusa un retroceso, de manera muy especial en países centroamericanos, como Honduras y El Salvador, durante este mismo decenio, lo que resulta lamentable, ya que se traduce en situaciones desintegradoras más que integradoras en razón de las discrepancias y tensiones entre regímenes opuestos que, por ende, obliga a la ruptura o disolución y/o suspensión de tratados, eliminación parcial o total de regímenes de libre comercio y equiparación arancelaria y del intercambio comercial entre algunos estados, lo que podría hacer ver la afirmación anterior como una premisa de la utopía materializada, claro está si consideramos el término «utopía» como «una creencia racional, que sirve a los intereses de su portador a largo plazo. Se trata de una creencia que no se orienta hacia una realidad existente, sino hacia una realidad posible» [28].

[27] E. Conesa, «La Integración de América Latina en el decenio de los 80», en *Integración y cooperación en América Latina,* The Universsity Presses of Florida, ILDES: colección ILDES, 4, p. 346.

[28] D. Riesman, «Pensamiento utópico en América», en A. Neususs, *Utopía,* Breve Biblioteca de Reforma, Barral Editores, Barcelona, 1.ª ed., 1970, p. 142.

No quiero que se olvide que lo que aquí se intenta es el análisis de cada uno de los escenarios en torno al problema de la integración y «la necesidad o utopía» que ésta pueda implicar. A la luz del último escenario que he denominado optimista, cabe destacar la palabra de quien fuera presidente del Banco Interamericano de Desarrollo en 1979, que señalaba en torno a la integración para la década de los ochenta lo siguiente:

> Durante el próximo decenio la integración y complementación económica entre los países latinoamericanos se constituirá en un imperativo tal vez más acuciante que en el pasado, como un expediente para defenderse, dentro de un escenario internacional caracterizado por una inestabilidad crónica, y como el único camino para insertarse de forma eficiente en una nueva división internacional del trabajo en que deben reclamar una participación más equitativa, por lo que el banco deberá redoblar su apoyo a este proceso.

Si bien este último escenario refleja un clima de confianza en torno a la integración, la misma no ha dejado de existir a pesar de los desaciertos y discrepancias señalados.

Es de todo punto evidente que los enfoques más optimistas surgen de condiciones de viabilidad, en una doble dimensión, es decir, en lo económico y en lo político, o sea, ya aquí tenemos que comenzar a superar las visiones utópicas y mirar cuáles son las bases objetivas, «suficientes y alcanzables», para, de esta manera, superar y reorientar la crisis hacia otra perspectiva tomando en consideración la situación del presente. Cuestiones cuyo solo enunciado, bajo el clima subjetivo de la crisis de hoy, parece asumir una condición de utopía; pero no por ello dejan de representar unas exigencias insoslayables: lo paradójico del asunto es que frente a la magnitud tan grande de los desafíos, vivimos la inviabilidad del «realismo», si se lo quiere entender como la búsqueda de solución a través de medidas pequeñas y de renuncias a los grandes cambios.

Las limitaciones y crisis del proceso de integración a las cuales de alguna manera hemos hecho referencia obstaculizan al proceso real de unidad que está fructificando en las bases mismas de los sectores dinámicos de nuestras sociedades. Convengo en que los pasos futuros para la unidad se verán afianzados por nuevos moldes y esquemas ten-

dentes a institucionalizar una realidad ya existente y a abrir horizontes futuros que den respuesta a las ansias de paz y unidad más íntimas de todos los pueblos iberoamericanos [29].

En cuanto a la viabilidad económica del proceso de integración, observamos «el ostensible contraste que exhibe la situación actual, entre unos niveles muy deprimidos de actividad económica y una amplia disponibilidad de potencialidades productivas que no están siendo movilizadas» [30].

Se está haciendo referencia a la capacidad productiva que ha venido disminuyendo, es el caso de la industria manufacturera de Brasil, que en 1980 disminuyó en un 83,7 por ciento, y en 1984 llegó a 75 por ciento, y otro caso semejante es el mexicano que en los mismos años disminuyó de 88 por ciento a 72 por ciento [31].

En segundo lugar, y siguiendo con el análisis de la viabilidad económica tenemos que una segunda observación tiene que ver con: «la necesaria redefinición de la jerarquía que se ha venido atribuyendo a los fenómenos financieros y a los procesos reales». Se señala este problema como característica que ha venido adquiriendo América Latina, en el sentido de mostrar una exagerada dilatación en la esfera financiera, en detrimento de las actividades propiamente productivas, este fenómeno de acuerdo a lo que señala Martner se ha visto acentuado aún más con la crisis, y la crisis misma podría ser comprendida también como desenlace de unos procesos de creciente ampliación de un sector financiero. Así, el propósito central de una política alternativa debería ser la reconstrucción y desarrollo de unas economías de producción.

La viabilidad política, en este caso, estaría referida a lo que Martner denomina una «estrategia alternativa de desarrollo», es decir, la re-

[29] F. Herrera, «La integración latinoamericana: ¿Vigencia o fracaso?», en A. Jorge y J. Salazar Castillo, *Integración y cooperación en América Latina,* The University Presses of Florida, ILDES (Instituto Latinoamericano de desenvolvimiento Económico y Social), colección ILDES 4, Brasil, 1982.

[30] G. Martner, *América Latina hacia el 2000: opciones y estrategia,* Ed. Nueva Sociedad, Caracas, 1.ª ed., 1986, p. 98.

[31] «En Argentina, la producción de cemento está muy por debajo de niveles ya alcanzados con anterioridad, e igual ocurre con los vehículos automotores. En Chile, la producción de acero, que había llegado a 698.000 toneladas, descendió hasta 478.000, y en automotores se llegó a niveles de utilización de capacidad equivalentes a apenas un séptimo de los registrados en años anteriores (1980-1983)». Véase G. Martner, *América Latina hacia el 2000, op. cit.*, p. 99.

orientación de los sistemas productivos a los que tanto hemos hecho referencia, éstos estarían dirigidos a la satisfacción de las demandas y aspiraciones del conjunto de las poblaciones nacionales. En este sentido las consideraciones económicas dejarían abiertos los dos términos del problema. Por lo que habría que articular estrechamente el análisis económico con el análisis político.

Así pues:

> ...es insuficiente reconocer que las distintas opciones económicas no se combinan de cualquier manera, que hay una combinación coherente, que en su conjunto configuran una opción global. Es preciso reconocer también las interrelaciones necesarias entre las opciones económicas y las opciones políticas. Sólo así adquiere sentido real la «utopía» necesaria de una sociedad latinoamericana [...] que ha resuelto los problemas básicos de vida de toda la población, que ha generado unas estructuras productivas con capacidad de reproducción propia, que ha vencido con éxito los grandes desafíos actuales y que adelanta su desarrollo en los marcos de una economía regional integrada [32].

Obviamente, el autor se está refiriendo no a la América Latina actual sino que está tratando de hacer una proyección hacia el futuro con base en las decisiones que tanto en materia económica como política puedan conducir a la creación de marcos adecuados de cooperación entre los países de Latinoamérica. En cualquier caso, lo que en el fondo se esgrime es la idea de establecer un sistema de «cooperación hacia dentro» y «concertación hacia fuera». El avance de la integración tendrá que verificarse enmarcado dentro tanto de las economías internacionales como transnacionales. Finalmente, las actuales condiciones de la crisis comercial y financiera a la que hemos hecho referencia anteriormente, y que hoy vive América Latina, quizás sea propicia para una reestructuración de las instituciones que encuadran y promueven la integración y la cooperación en Latinoamérica. Se requeriría aún voluntad política intensificada de los gobiernos para adquirir crecientes compromisos recíprocos.

En efecto,

[32] G. Martner, *op. cit.*, p. 102.

> los análisis de las posturas esgrimidas en cuanto a la unidad latinoamericana y su capacidad de realización recurren con frecuencia a los calificativos de utopismo y pragmatismo, con objeto de establecer una pretendida, aunque no bien fundamentada, oposición entre ambas categorías. Así aparecen las utopías *versus* los planteamientos pragmáticos, distinguidos de manera superficial en tanto no justifican tal distinción [33].

En este sentido las utopías no son tan inoperantes por cuanto en el momento en que éstas se convierten en una práctica social se hacen más o menos ciertas, es decir, que en el momento en que América Latina, vía proceso de integración, que al parecer es totalmente posible, logre paulatinamente ir superando la crisis, se harán realidad las utopías, lo que resulta paradójico. Ésta es la misma situación que se planteó en el tercer escenario, sólo que aquí se hacen realidad las posturas favorables a la integración en la práctica; en este sentido, las utopías se cumplen en cuanto son perfectamente posibles.

Ahora bien, cuando decía que la integración es perfectamente posible me refería a la posibilidad que manejan los países, andinos en estos momentos, lo que constituye una realidad irrefutable de activar el comercio subregional, lo que puede constatarse con una información aparecida en una prensa reciente en la ciudad de Bogotá, donde se indica que la resurrección del comercio subregional andino, emprendida el año anterior por los presidentes de Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia, comenzó a materializarse después de que la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó una reducción en el arancel externo de las naciones.

Así se inicia una nueva etapa del intercambio económico andino que desembocará en la creación de mercado común, sin restricciones comerciales, en esta parte del continente en 1995. Consideremos en este sentido que

> En medio de las críticas de los industriales, que consideran la integración como un intento fallido y una máscara para concretar una aper-

[33] R. Russell, «Ideas políticas y unidad latinoamericana: hacia una superación de la dicotomía utopismo-pragmatismo», en Muñoz Valenzuela, H., y Orrego Vicuña, F., *La cooperación regional en América Latina: Diagnóstico y proyecciones futuras*, p. 66.

> tura económica nada beneficiosa, se expiden las primeras decisiones luego de la reunión de mandatarios en la isla de Galápago, donde se acordó darle un nuevo aire al proceso... [34].

Como se puede observar, los industriales del área son en estos momentos los más escépticos en cuanto al proceso, lo cual puede resultar delicado por cuanto no llegue a conseguirse su apoyo. Sin embargo, parece consolidarse la idea de la integración a pesar tales oposiciones.

La Comisión del Acuerdo de Cartagena ordenó, según recoge el artículo, que «la decisión 260» será la que oriente en adelante los destinos comerciales en materia de aranceles comunes de los cinco países. Según la norma, los países se comprometen a tener un arancel máximo de 50 por ciento. También se han realizado una serie de modificaciones convenidas que permiten mantener un adecuado margen de preferencia en la subregión, e incluyen obligaciones para los países de menor desarrollo.

Otra de las determinaciones fue la de incluir en el ordenamiento legal andino todo un marco jurídico que permitirá regularizar la conformación de un área de libre comercio, las etapas anuales y específicas acordadas y el desmonte de los mecanismos que impiden el funcionamiento del mercado subregional.

Las medidas adoptadas en esta reunión y que hacen mirar al futuro con optimismo en torno a la integración fue la inclusión de reformas al tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ello con el fin de hacer más operativas y ágiles sus actuaciones y abrir a los particulares la posibilidad de intervenir cuando se incumplan las normas andinas.

Como sabemos, los procesos de integración aparecidos después de la Segunda Guerra Mundial agrupan en primer lugar a los países del Benelux, a los que se anexarán Francia, Alemania, e Italia, con el Tratado de Roma, dando inicio a la Comunidad Económica Europea. En Iberoamérica se reacciona con la firma del Tratado de Montevideo en 1960, que dio origen a la ALALC. Ambos procesos se apoyan en el libre comercio.

[34] «Arranca el mercado común andino», *El Siglo*, Bogotá, Colombia, 18 de febrero de 1990, p. 1-A.

Con el Grupo Andino se da la formación de una zona de preferencia comercial, que tenía como tarea fundamental acelerar el proceso de integración. Para la década de los ochenta se han demostrado los bajos alcances tanto del Tratado de Montevideo como del Acuerdo de Cartagena. No quiero concluir, sin embargo, señalando que hayan sido totalmente inoperantes; podría decirse que estos acuerdos en cuanto a su contenido fueron muy tímidos, es decir, en relación al establecimiento y asignación de los costes y beneficios que obtendrían estos países del proceso de integración.

Ahora bien, el hecho de haber sustituido la ALALC por otro órgano (ALADI) sin alterar sus miembros y que posteriormente apareciera el Grupo Andino, está indicando que, en la búsqueda de mecanismos alternos para el desarrollo de la integración, se prodigan las instituciones integracionistas.

A partir de 1980, se acentúa el retroceso de los modelos de carácter multilateral (ALADI, Grupo Andino, MCCA), en torno a los cuales la experiencia y las situaciones empíricas nos han demostrado que dentro de América Latina existen países con estructuras productivas muy disímiles, lo que hizo surgir, entre otras cosas, la problemática de «países de menor desarrollo relativo». De acuerdo con lo que hemos visto, no solamente se ha debido el retroceso a la heterogeneidad en los niveles de desarrollo, sino también a otros factores, como las continuas crisis de diversa índole, con un marcado acento en el aspecto financiero.

Aun cuando el trabajo no consiste en el análisis de la crisis, no podemos prescindir de ella, pues vemos cómo ésta ha sido piedra angular dentro del proceso de integración. Éste ha evolucionado en el contexto de aquélla que, en cierta medida, es la responsable indirecta de algunos de sus fracasos.

Como hemos visto a lo largo del libro, la profundidad de la problemática latinoamericana se ha traducido en una crisis del Estado, de sus instituciones, crisis en las ideas políticas y económicas, y, por ende, en una crisis de los modelos orientadores de los nuevos paradigmas (modelos integracionistas). En relación a lo anterior diríamos que la tendencia en los últimos años ha sido establecer políticas hacia dentro, es decir, la búsqueda de solución de los problemas internos, como una fórmula de establecer iniciativas que alienten las múltiples necesidades que rodean a cada país en particular.

La respuesta de carácter institucional a la crisis viene a contestar a uno de los interrogantes con el cual iniciábamos este libro, referente al papel de estas instituciones como agentes del proceso de integración y más concretamente en relación a los procedimientos arbitrados para combatirla.

En un primer momento, los países, de manera singular, tratan de dar salida a sus problemas, lo que indica que, originariamente, estos esquemas no estaban coordinados para enfrentar este tipo de situaciones derivadas de crisis globales. Ello se refleja en las políticas de ajuste que cada país puso en marcha para resolver los problemas de balanza de pagos y, posteriormente, y de acuerdo con lo previsto, son las instituciones, como el caso de CARICOM, el Pacto Andino y en menor medida la ALADI, quienes, a través de acciones económicas y políticas, toman iniciativas, que en algunos casos se tornan más lentas que en otros, para enfrentar estos fenómenos. En este sentido, planteado el carácter estratégico que reviste el proceso de integración en cualquiera de sus formas o manifestaciones, resulta evidente que éste no puede lograrse con una simple multiplicación de relaciones bilaterales.

En efecto, la necesidad de consolidar acuerdos multilaterales puede verse comprometida por la proliferación de tratados duales, que sin ser esencialmente negativos, sí complican cualquier proyecto regional/subregional, de manera especial en momentos como los actuales, donde la «crisis» tiende a agravarse.

Ante esta situación, los esquemas de integración comienzan a reaccionar de manera y ritmo distinto. Una muestra es lo que sucede actualmente con el grupo andino, quien se ha planteado recientemente y después de casi veinte años, la creación de un mercado único y una unión aduanera como fórmula de revigorizar el comercio subregional y como parte de la nueva estrategia de la subregión. Esto viene a debilitar algunas posturas escépticas, en torno a la continuidad del proceso, lo cual no asegura, como es natural, su éxito. Pero de alguna manera será necesario que estos mecanismos de integración que ahora se reactivan tiendan a coordinar sus políticas ajustando sus ritmos de crecimiento.

Para una verdadera integración iberoamericana habría que involucrar a otros agentes de participación que vengan a dar mayor legitimidad y fuerza al proceso, lo que podrá traducirse en impulso del mismo. Esta carencia puede parecer que ha sido una de las fallas más

importantes que ha restringido sus alcances y beneficios, por lo que en muchos casos se ha realizado sin otorgarle la importancia que reviste, relegándolo a la ineficiencia.

La parte señalada en último lugar, dedicada a la racionalización de los procesos de integración, se refiere a los múltiples instrumentos que en estos momentos nos ofrecen políticas diferentes e independientes sin una percepción integral de todos los protagonistas.

La presencia de un órgano que tenga el mismo carácter que trata de dársele al Parlamento latinoamericano, el cual entre otros propósitos tiene el de «fomentar el desarrollo económico y social integral de la comunidad latinoamericana y pugnar porque alcance, con la mayor brevedad posible, la plena integración económica, política y cultural de sus pueblos», bien pudiera ser una alternativa para paliar esta dispersión irracional de órganos de dudosa funcionalidad.

Así podría permitirse la participación de los congresos nacionales, asambleas legislativas, etc., que por otra parte harían de agentes coordinadores a nivel latinoamericano con una proyección mucho más amplia, lo que resume una idea en la cual he venido insistiendo: y es la de la existencia de una comunidad en el ámbito de Iberoamérica latina que tienda a homogeneizar el proceso integracionista, que evite la dispersión estratégica en tan múltiples escenarios, y que permita la participación de otros actores, como son los partidos políticos y los grupos sociales. Esto sería el reflejo de una fuerza única pero estructurada dentro del sistema latinoamericano, lo que le daría una mayor consistencia y articulación a nivel regional así como mayor interdependencia frente a las nuevas situaciones internacionales.

En el fondo no se plantea otra cosa que no sea un acercamiento y estrechamiento que vaya a implicar una verdadera integración. Continuando con el problema de la dispersión, observamos que en la misma forma se va a establecer el apoyo a este proceso, por parte de otros sistemas, como en el caso del apoyo que reciben los distintos órganos comunitarios latinoamericanos de la Comunidad Económica Europea. En la misma línea, observamos otra limitación: la dimensión política, que ha estado subordinada desde el inicio de la integración iberoamericana a intereses extraños a los expresados por las fuerzas políticas organizadas —partidos y sindicatos— pero no a los de grupos de presión e interés, como son los representados por industriales y empresarios, que llegan a inducir corrientes políticas que sólo expresan intereses in-

ternos. Estos mismos se han convertido en un obstáculo para la buena marcha del proceso, lo que se evidencia en las declaraciones aparecidas en los distintos medios, donde se divulga, por ejemplo, la información referente al grupo andino apreciándose la oposición de los industriales de estos países a las negociaciones que, potencialmente, puedan restringir su poder de control sobre la zona.

Comentaba en el párrafo anterior la limitación que había sufrido la dimensión política. Habría entonces que aclarar que algunos sistemas políticos, sobre todo los de corte autoritario, sí que han incidido y de manera negativa en las iniciativas integracionistas de algunos países.

Tras un largo recorrido por textos que apuntalan la evolución, perspectivas y diagnóstico de la integración y de la crisis latinoamericana, podríamos, como contrapartida, sugerir la necesidad del acuerdo y la concertación, así como el refuerzo del principio de solidaridad continental, pues el mundo actual nos presenta, como medio para superar las limitaciones y buscar mejoras en las condiciones de vida —frente a una situación económica mundial híbrida—, la unidad o integración. El ejemplo del futuro inmediato lo constituyen los múltiples sistemas de nuevas alianzas que surgen sin cesar conforme avanzan los procesos de desarrollo a nivel internacional. Un buen ejemplo en este sentido serían no sólo lo que acaece en Extremo Oriente, sino también la potencial ampliación de ámbito de acción de la CEE con la liberalización progresiva de los países del Este de Europa. Las consecuencias de estos procesos en relación a su influencia en América Latina puede ser sumamente grave si no se disponen de mecanismos institucionales de coordinación de políticas globales y sigue siendo necesario enfrentar a los nuevos poderes comerciales emergentes de manera singular y/o bilateral.

CONSIDERACIONES FINALES: EL PROBLEMA DE LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA. LOS REFERENTES ESPAÑOLES EN LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO-POLÍTICO IBEROAMERICANO. TRANSICIÓN POLÍTICA Y CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA

Conceptuación teórica y criterios metodológicos en el caso latinoamericano

En un trabajo reciente, A. Touraine afirma cómo se ha modificado la idea de democracia en América Latina en los inicios de la presente década.

> La vuelta a la democracia aparece en la mayoría de los países, a principios de los años ochenta, como la condición previa a la solución de todos los problemas, de la crisis económica, de la pobreza, del desprecio de los derechos del hombre a la libertad sindical [...]. La idea de democracia es nueva por otra razón además: desde principios de siglo la palabra aparecía como sinónimo de conservadurismo, de mecanismo de defensa de una clase media limitada o incluso de una oligarquía. Para muchos, la democracia aparecía siempre como restringida, [...] mientras que el tema de la revolución apelaba al país real, a las fuerzas sociales que estaban al margen del sistema jurídico o se hallaban excluidas por éste. [...] En los años ochenta, la idea de democracia surge, por tanto, en oposición tanto al poder de las dictaduras como a la esperanza puesta en las revoluciones. Así pues, la democracia se encuentra situada ante dos tareas conjuntas: poner fin a unos regímenes antipopulares y ampliar la capacidad de respuesta del sistema político a las demandas sociales [1].

[1] Véase A. Tourain, *América Latina, política y sociedad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1989.

Para que estos objetivos generales puedan cumplirse, necesariamente se requiere la consolidación democrática del mayor número de países que sea posible, de forma tal que la estructura del ámbito interamericano resulte armónica. Y para analizar este conjunto de posibilidades con rigor y la mínima utopía, es necesario averiguar cuál es el impacto de ciertos fenómenos sociopolíticos, que afectan en origen a singularidades nacionales, sobre el conjunto del sistema.

Lógicamente, esto plantea delicados problemas técnicos y conceptuales que, por una parte, obligan a revisar las categorías y los métodos analíticos que usualmente se estiman más apropiados para el estudio de los procesos de transición y, por otra, hacen necesario referirse a elementos objetivos —esenciales— del sistema latinoamericano, como son:

— modernización y cultura política,
— desarrollo y cambio político-social,
— estructura institucional,
— mecanismos de legitimación; poder y oposición,
— grado de soberanía; posición en el ámbito interamericano e internacional.

De esta forma, es posible obtener una visión global del sistema, compuesta evidentemente de generalizaciones abstractas, pero lo suficientemente precisas como para desarrollar un modelo de análisis que, partiendo de un conjunto de proposiciones homogéneas, sea capaz de determinar los factores específicos de cada caso singular.

En este sentido, nos centraremos en el estudio de los procesos de transición política y de la trayectoria hacia la consolidación democrática de las actuales sociedades latinoamericanas, entendiéndolo como fenómeno global del desarrollo político y social que, implícitamente, es susceptible para suministrar datos para una explicación concreta de los elementos insertos en cada sistema particular.

De la clásica y convencional contradicción entre tradición-modernismo, se derivan esquemas, a veces recursivos, que, sin embargo, relacionan eficazmente elementos básicos para el estudio de la evolución latinoamericana. De manera arbitraria y como un primer ensayo, seleccionaremos como centrales los que componen el binomio «Estructura política-Poder político» e inmediatamente nos referiremos a un segundo,

dado en función del anterior, tal que «Instituciones políticas-Fuerzas políticas». Lógicamente, su integración daría como resultado la noción abstracta de formación estatal y, tratándose de elementos dinámicos del sistema/s estatal/es concreto/s, el estudio de las correlaciones funcionales a que da lugar el desenvolvimiento social-global correspondiente implica un enfoque multidisciplinar que presta suma atención a todos los aspectos continuamente cambiantes y a la vez permanentemente influyentes de la compleja realidad político-social latinoamericana.

> El análisis debe enfocarse [dice Kaplan] en formar estructuras y sistemas, en capas o niveles de profundidad, sin perder de vista que se refieren a estratos, aspectos o enfoques de realidad, dialécticamente interrelacionados, partes de una totalidad móvil que los desborda y que el esfuerzo científico debe restituir. Desde este punto de vista, el problema del Estado exige ser analizado en función del desarrollo histórico de América Latina y en relación con la estructura general y de poder de la sociedad global [2].

Por eso, nos parece útil diseñar un cuadro de referencia político que comience a precisar el ámbito conceptual de esta primera aproximación a los procesos de transición latinoamericanos limitándonos, momentáneamente, a establecer un esquema de evolución política del área. Pensamos, de acuerdo con Gino Germani [3], que el proceso de desarrollo político y social de los países de América Latina puede describirse como una serie histórica, graduada en seis etapas sucesivas, pudiendo definir el estado actual de cada país determinado en función de la etapa alcanzada en el proceso de transición. Germani lo divide así:

1. Período de guerras de liberación y momento de la proclamación formal de la independencia.
2. Período de conflicto interno, guerras civiles, caudillismo, anarquía.

[2] Véase M. Kaplan, «Estado, dependencia externa y desarrollo en América Latina», en AA.VV., *La crisis del desarrollismo y la nueva democracia*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969.

[3] Véase G. Germani, *Política y sociedad en una época de transición*, Paidós, Buenos Aires, 1968.

3. Surgimiento de autocracias unificadoras.
4. Creación de democracias representativas con participación limitada (oligarquías).
5. Desarrollo de democracias representativas con participación ampliada.
6. Aparición de democracias representativas con participación total que, como forma alternativa, pueden determinar revoluciones nacionales-populares.

En este esquema, la influencia de los elementos tradicionales es determinante para las tres primeras etapas y sólo condicionante de las posteriores como pervivencia estructural regresiva. Por su parte, las tendencias modernizantes se manifiestan a lo largo de todo el proceso, sin llegar a determinar ninguna de las etapas, pero incrementando significativamente su capacidad para condicionarlo.

Estas cuestiones deben matizarse. En las dos primeras etapas, cuya duración es variable en cada país, predominan completamente los patrones tradicionales sin sufrir virtualmente transformación alguna. Sin embargo, las élites criollas que protagonizaron en la mayoría de los casos las revoluciones contra el poder colonial intentaron construir, con muy poco éxito, formas estatales modernas de acuerdo con los principios de la democracia representativa. El fracaso de este primer intento de modernización política puede atribuirse:

a) inexistencia de una burguesía nacional mínimamente consciente y desarrollada;

b) inadecuación de las medidas modernizantes a la conciencia popular;

c) destrucción del aparato administrativo colonial e imposibilidad material de sustituirlo, y

d) aislamiento geográfico y cultural de la población, que fomentaba el particularismo y el apego a los intereses, personas y costumbres locales e inmediatas.

De esta forma, a la consecución de la independencia formal sucedió la desintegración material de las formaciones estatales: fragmentación política, e incluso territorial y caudillismo. Parten de esta situación los modelos de autocracias unificadoras, producto de la síntesis

de los intereses tradicionales de las élites comerciales y agrarias, aparentemente liberales, quienes solamente optan por personalizar el poder en un líder carismático.

Aquí tampoco cabe generalizar ya que, si en unos casos esta situación mantuvo el aislamiento y la inmovilidad de las estructuras tradicionales, en otros posibilitó un grado notable de modernización al permitir un incremento en las relaciones de intercambio, lo que, a su vez, determinó la integración de ciertos países en el sistema internacional y, por consiguiente, aceleró el proceso de transición de la economía colonial a la economía de mercado libre capitalista.

El paso a la cuarta etapa marca el punto de mayor conflicto entre tradición y modernismo en el proceso de transformación de las sociedades latinoamericanas. El acceso a la democracia con participación limitada, modelo de la oligarquía liberal, se manifestó de muy diversas formas en los distintos países, lo que no fue obstáculo para que, como tendencia general, se activara un círculo vicioso tal que: autocracia → crisis de sucesión → reformismo democrático tutelado → intentos de supresión del régimen democrático → autocracia.

Este esquema se mantiene constante hasta que, en el período 1950-1960 se desarrollan considerablemente en numerosos países intentos renovadores para implantar formas de gobierno más avanzadas. Sin desechar posibles efectos recursivos, entraríamos en las etapas quinta y sexta del modelo, respecto de las cuales es preciso matizar algunos aspectos específicos. El recrudecimiento del intervencionismo militar y la crisis de los ensayos democrático-representantivos en algunos países del área no significa que estos casos se mantengan permanentemente dentro de la tercera etapa del esquema, ya que, si bien la influencia de las estructuras tradicionales pervive más allá de su tiempo concreto, formando parte de la conciencia de los hombres y de las pautas consuetudinarias de comportamiento, al nivel de desarrollo actual de los estados latinoamericanos ya no determina el conjunto del sistema como ocurría en el período que media entre el último tercio del siglo XIX y el primero del siglo XX, sino que condiciona estructuras sociales concretas y, en su versión modernizante, se transforma en reacciones reformistas-totalitarias o, como dice O'Donnell, burocrático-autoritarias. A esta última cuestión nos referiremos más adelante.

El desarrollo del proceso de transición política que supone el tránsito hacia formas de dominación de cuño oligárquico, con participa-

ción ampliada o con participación total, se caracteriza por la aparición de un factor dinámico que no poseía peso específico en las etapas anteriores. Nos referimos, como puede suponerse, a la introducción en el ámbito político de amplios sectores populares que toman parte activa y directa en el proceso de modernización. Este fenómeno se refiere básicamente a las dos últimas etapas de este sistema de transiciones sucesivas y determina una nueva variable analítica: el concepto-valor-participación, al que es preciso referirse con suma cautela.

Como sabemos, la democracia representativa con participación ampliada aparece y se mantiene relativamente estable en aquellos países cuya estructura está lo suficientemente desarrollada como para admitir la influencia de sectores sociales recientemente consolidados —burguesías urbanas, burocracias medias...— que poseen cierto peso político pero que no integran en sus filas un porcentaje elevado de población. Su papel en la estructura social, en tanto se mantengan en situación de funcionalidad relativa, sería el de compartir el poder con las oligarquías, de manera consensual-pasiva y, en su caso, reforzar el poder dominante coadyuvando a restar legitimidad, e incluso combatiendo frontalmente, a las intervenciones de las fuerzas tradicionales reaccionarias.

El crecimiento de estas capas sociales, merced al fenómeno de la creciente urbanización e industrialización, implica un cierto incremento en su presencia política, pero no en su poder objetivo. Pero en cuanto que aliados cada vez más numerosos e infiltrados en la estructura de las propias oligarquías pueden suponer un peligro para la pervivencia de éstas como clase dirigente —exclusiva—, que no comparte fácilmente el monopolio del poder político, puesto que esta situación de privilegio es, en última instancia, lo que permite preservar y consolidar su predominio económico.

Se trata, por consiguiente, de aislar estas «clases medias», de transformarlas en clases en sí, determinadas por sus intereses inmediatos, origen y posición en la estructura social, a la vez que condicionadas doblemente: por la presión de las clases populares y por el dominio efectivo de las clases superiores.

Mantener la situación económica y social de la pequeña burguesía ciudadana e impedir que influya demasiado sobre los órganos de poder o que tienda a identificarse con posturas de origen proletario parece ser, en este momento, uno de los problemas esenciales de la democra-

cia representativa —en gran parte limitada— de ciertos regímenes latinoamericanos. Y este aislamiento social se consigue por medio de procedimientos de exclusión política.

En efecto, en la mayoría de los países de la región se mantiene una curiosa división entre áreas centrales y periféricas, lo que si bien no parece haber supuesto espectaculares resultados teóricos, metodológicamente hablando, para los propósitos inmediatos de nuestro esquema resulta útil.

Las áreas centrales, donde se ha producido un desarrollo urbano, industrial y económico notable, aparecen como asentamientos preferentes de las pequeñas burguesías, que, por su lugar de relativo privilegio en la estructura, mantienen posturas de rechazo —no aceptación— respecto de la influencia de las capas inferiores de asalariados e inmigrantes, condicionando su manifestación como clase a la proyección de patrones de vida y pautas de conducta propios de las clases dominantes.

Por otro lado, las áreas periféricas, que pueden o no integrar la mayoría de la población, pero que en todo caso representan la mayor parte del territorio, mantienen esquemas aparentemente más tradicionales, integrando un porcentaje muy elevado de clases bajas frente a las minorías oligárquicas y pequeño-burguesas, cuyo poder directo o delegado es en estos lugares prácticamente absoluto y que tienden a excluir a cualquier otra clase de los sistemas de influencia sobre los procesos de decisión política.

De este esquema, por lo que se refiere a la etapa de participación limitada, podemos extraer una primera conclusión en lo que se refiere al modelo de ejercicio del poder y a los mecanismos utilizados para su perpetuación.

Parece cierto que existe una tendencia hacia la inclusión de las pequeñas burguesías nacionales en el ámbito de poder de las oligarquías, pero como clase coadyuvante, es decir, privada de capacidad real de decisión política. Ahora bien, igualmente se detecta otra tendencia proclive a la exclusión de estas clases —y por extensión del proletariado urbano— del proceso político, entendido como participación en los sistemas de poder y en la gestión de los órganos clave del aparato estatal.

La síntesis de ambos procesos supone la manipulación funcional de las burguesías tanto a nivel central como periférico de tal manera que, si en el primer nivel sus funciones se reducen a las de actores

secundarios (ciudadanía no significante, integrada y adicta por lo general), en el segundo nivel se pretende que actúen como agentes de control-sujeción de las clases inferiores (proletariado rural, pequeños campesinos y colectividades indígenas, en su caso) en virtud del poder delegado que poseen para gestionar algunos aspectos de la vida local.

El resultado de estas tácticas supone, por lo general, que la gran mayoría de la población mantenga actitudes pasivas frente al proceso político, sea su apoyo tácito o expreso, y no por encontrarse excluidas jurídicamente del ámbito de la acción política, sino porque mental y socialmente tiende a lograr un mínimo equilibrio ajustando sus demandas y pretensiones a las condiciones y posibilidades concretas que ofrece la estructura global donde se encuentran insertos.

Si el tipo de régimen propio de la etapa de participación limitada tiende a excluir del proceso político tanto a la población periférica como a los sectores populares de las áreas centrales desarrolladas, los tipos de régimen con participación ampliada, manteniendo un cierto control-exclusión de la periferia, tienden a conseguir un consenso controlado entre todas las clases de las áreas centrales, ampliando el ámbito de juego de carácter institucional pero dentro de los límites de lo que podríamos llamar democracia integradora, semicompetitiva y neoautoritaria [4].

Para matizar con mayor rigor estos temas y antes de abordar su desarrollo, es preciso concretar dos conceptos clave: las ideas de movilización y de integración [5].

Por movilización entendemos un complicado proceso que determina el tránsito de unas formas de comportamiento a otras, sustancialmente diferentes. En otras palabras, el proceso por medio del cual los grupos sociales que mantienen actitudes anímicas referidas a pautas de conducta tradicionales llegan a tener capacidad de comportamiento selectivo y deliberante, logrando concebir proyectos colectivos que trascienden los límites fijados por los patrones preexistentes, permitiéndose, de esta manera, realizar actividades significativas en el ámbito político.

[4] *Cf.* G. W. Wynia, *The politics of Latin American Development*, Cambridge University Press, 1979.

[5] Véase K. W. Deutsch, *Nationalism and social Comunication*, Willey & Son, Nueva York, 1953.

Naturalmente, la participación que suscita la movilización se produce de muy diversas maneras, que abarcan desde las reacciones desorganizadas hasta los movimientos revolucionarios prolongados. De igual manera, las motivaciones a las que obedece y los procedimientos que adopta pueden ser de lo más dispar, pero, en cualquier caso, es con relación a estas formas de expresión como podemos definir correctamente la idea de integración.

Por integración entendemos una forma particular de intervención de los grupos movilizados tal que:

—se produce por medio de los canales institucionalizados y dentro de las normas concretas del régimen político imperante, lo que implica una efectividad relativa de las acciones y el reconocimiento formal por parte de los órganos del poder, y

—se experimenta y se siente como legítima por los grupos movilizados. No se trata necesariamente de una legitimación material, sino de una actitud sectorial que puede determinar una situación de legitimidad en la que se implicará de una u otra manera la estructura institucional global. En efecto, tal situación afectará necesariamente al régimen político en alguno de sus subsectores normativos al contradecir patrones de autoridad vigentes y al manifestar la necesidad de reconocer explícitamente los valores básicos expresados, exigiendo su integración en la estructura social.

Desde esta óptica y antes de adentrarnos en las reflexiones sobre métodos y doctrina de los procesos de cambio en América Latina, podemos apreciar hasta qué punto la democracia representativa ha resultado funcional para el desarrollo político de la región.

Al existir cierta correspondencia entre movilización e integración se posibilitan, sin duda, procesos de ajuste político que configuran formas peculiares de organización.

Las herramientas metodológicas y doctrinales

Si tratamos aquí de determinar tanto el objeto específico como los métodos idóneos para el trabajo, es obligado referir con cierto de-

tenimiento los problemas de índole teórica que se presentan al desarrollar el fenómeno de la transición política en Latinoamérica.

Y, en todo caso, no dejan de ser éstos extremadamente complicados, ya que, como afirma Baloyra [6], si consideramos que las décadas de los sesenta a los ochenta se han caracterizado por la sistemática destrucción de regímenes democráticos en Latinoamérica, no es extraño que en principio se padezca una cierta penuria relativa a la información bibliográfica sobre los procesos internos de modernización, experimentando una sobreproducción de aportaciones relativas al período autoritario y a las que centran sus testimonios o análisis sobre la fase de transición política. En este sentido, las cuatro principales corrientes serían:

— revisionismo cultural,
— teoría de la dependencia,
— marxismo crítico y,
— explicación política.

Aceptaremos estas categorías teóricas por conveniencia académica, ya que, como veremos, no todas poseen el rigor que sería menester. Por otra parte, los países que pueden ejemplificar estos métodos constituyen una minoría, centrándose en los modelos de Argentina, Uruguay, Brasil y México, considerado este último como caso *sui generis* por la singularidad de su autoritarismo, por una parte, y, por otra, en los modelos emergentes de Chile y Paraguay.

Dealy y Wiarda desarrollaron el método del revisionismo cultural, el cual, en esencia, sostiene que la tradición política iberoamericana está reñida con el ideal democrático [7]. Por ello, las causas del nuevo autoritarismo resultan ser de origen interno, produciéndose como consecuencia de la reacción de las élites frente al populismo, al que consideran un fraude y en cuya sustitución pretenden implantar un mo-

[6] Véase E. A. Baloyra, «La transición del autoritarismo a la democracia», en *Transiciones a la democracia en España y en el sur de Europa*, CIS, Madrid, 1982.

[7] G. Dealy, «*Prolegomena* on the Spanish American Political Tradition», en *Hispanic American Historical Review*, 48/1868; también H. Wiarda, «Corporatism and developpment in the Iberic Latin World», en *Review of Politics*, vol. 35, 1/74.

delo corporativo más consecuente con la experiencia política de cada país y con sus correspondientes estructuras sociales.

Sin entrar en controversias entre revisionismo cultural y teoría de la dependencia, podemos ver cómo esta última centra su atención en los problemas del crecimiento económico y del papel de los países latinoamericanos en el sistema capitalista internacional [8]. Este enfoque mantiene que la crisis del desarrollismo, sea de carácter populista o autoritaria, tiene orígenes estructurales; así, es poco menos que impensable mantener un modelo democrático en la región, dado que los sectores periféricos del sistema capitalista, en sí sumamente heterogéneo, carecen de iniciativas acertadas, son vulnerables frente a cualquier desequilibrio de orden mundial y precisan de apoyo externo para completar el ciclo de acumulación. Por eso, ante la amenaza de una crisis global de magnitud incalculable y rechazadas por inoperantes las medidas populistas, los regímenes latinoamericanos optaron, en general, por endurecer su política interior, manifestándose claramente represivos y asociándose con elementos tradicionales para intentar proseguir el proyecto de desarrollo capitalista.

Por su parte, la explicación dada por el marxismo crítico al nuevo autoritarismo es similar a la anterior, si bien incide más en los problemas derivados del enfrentamiento entre clases y en la crisis de legitimidad del Estado, localizando estos fenómenos particulares en el marco más amplio y complejo del sistema de contradicciones irresolubles relativo al desequilibrio de clases, propio de la naturaleza intrínseca del capitalismo dependiente [9].

Por último, la explicación política identifica el fenómeno aludido como autoritarismo burocrático lo que, en definitiva, determina una situación pretoriana incapaz de perpetuarse. Este esquema parte de considerar el autoritarismo burocrático como una nueva forma de dominación, que surge a raíz de un golpe militar y cuya causa inmediata se suele achacar al deterioro del populismo y de manera mediata se atribuye a los efectos negativos del proceso de industrialización, que amenazan el precario desarrollo económico. Sus manifestaciones evi-

[8] F. Cardoso, «The consumption of dependence theory in the US», en *LARR*, vol. 12, 3/77.

[9] *Cf.* N. Lechner, *La crisis del Estado en América Latina*, Cid, Caracas, 1977.

dentes materializan la preponderancia del sector militar sobre el gobierno civil, que puede llegar a desaparecer y produce, de manera insoslayable, una crisis institucional insuperable por los medios de que dispone la nueva autoridad.

Esta concepción del autoritarismo, entendido en rasgos generales como la dominación burocratizada que ejercen los estamentos militares en el poder sobre el conjunto de la sociedad civil, se debe indudablemente a Guillermo O'Donnell, que fue capaz de «integrar en un modelo el análisis político con los parámetros, estructuras y conflictos económicos, estudiando la interacción entre política y economía con conceptos tales como régimen político, coaliciones y políticas» [10].

Los trabajos de O'Donnell explican las tensiones y los cambios en los sistemas burocrático-autoritarios mediante la distinción de los conflictos que afectan a las élites gobernantes y que se manifiestan como contradicción entre los intereses de la oligarquía financiera, industrial y terrateniente y los de los sectores políticamente más influyentes de las fuerzas armadas. Aquí la oligarquía se identifica como poseedora de una gran cohesión interna y como agente inmediato del capital transnacional. Por su parte, el estamento militar aparece como portador de ciertos intereses manifiestos que lo hacen proclive al apoyo de los de la gran burguesía, llegando a enmascarar otros, latentes, de tipo nacionalista. Para O'Donnell, esta situación produce una serie de tensiones internas que ponen en contradicción los intereses desnacionalizadores de la alta burguesía y la misión fundamental de los militares, en cuya conciencia íntima prevalece la noción de «bien nacional» y propenden a una singular defensa de la seguridad interna y externa.

Sin embargo, la presión creciente del capital extranjero, máxime cuando por su mediación se controlan sectores estratégicos de la economía nacional y se influye sobre decisiones de alcance internacional a través de sus mecanismos de acción plural, parece obligar a actuaciones externas por parte de los militares gobernantes para, al menos en apariencia, asegurar la primacía de los intereses propios y salvaguardar la soberanía e independencia nacionales.

En este supuesto, la reacción pretoriana actúa en un doble sentido. Opera como catalizador interno al yugular los movimientos popu-

[10] Sobre O'Donnell, véase *Modernithation and Bureaucratic-Authoritarianism*, Berkeley, 1973.

listas y las tendencias nacionalizadoras. Simultáneamente, actúa como única fuerza representativa a nivel internacional, por lo que canaliza hacia sí todas las ofertas procedentes de ese ámbito, convirtiéndose en interlocutor obligado al monopolizar los canales de comunicación exterior. Hasta aquí la descripción de las corrientes metodológicas y doctrinales que fueron utilizadas con más frecuencia para el análisis de los sistemas autoritarios.

Los elementos y los factores esenciales para la concreción teórica del sistema iberoamericano

En general, los elementos y los factores por medio de los cuales se determinan los modelos relativos al proceso de desarrollo político en América Latina pretenden definir áreas concretas que, en sentido amplio, se refieren al fenómeno de cambio en las actitudes políticas. Por consiguiente, habremos de partir de un fenómeno global, la crisis de los sistemas autoritarios, para estudiar las alteraciones que se dan en las estructuras político-económicas de dichas sociedades a través de un período concreto, el de la transición, de cuya dinámica parten múltiples fenómenos inmediatos —diversos en su origen y cualidad y pluri-determinados en sí mismos— que se proyectan en el proceso de consolidación, determinando el alcance y la intensidad de los cambios materiales-trascendentes, filogenéticos, del sistema [11].

En consecuencia, este proceso dialéctico exige la identificación de fenómenos múltiples, insertos en la estructura del fenómeno global que, simultáneamente, expresan y definen las secuencias por las que se intenta el análisis de los elementos primarios y más asequibles, cuya estructura —que nunca debe considerarse como una simple yuxtaposición de hechos diversos— permitirá explicar dos áreas esenciales y previas al análisis de la fenomenología de la transición-consolidación: una, que se centra en los cambios estructurales —institucionalización, instauración, persistencia...— y otra, inmediata y complementaria, que analiza

[11] Véase A. Przeworsky, «Algunos problemas en el estudio de las transiciones hacia la democracia», en O'Donnell y Schmitter, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Paidós, Buenos Aires, 1989.

el desarrollo político en cuanto que proyección de la participación hacia la creación de fuerzas políticas eficientes y plenamente representativas de las demandas y las pretensiones sociales.

En consideración al carácter metodológico de esta parte del trabajo, parece adecuado hacer una breve precisión conceptual, matizando, como primera providencia, los conceptos básicos con los que manejamos la idea de desarrollo político. De acuerdo con Pasquino [12] distinguimos tres características representativas de ella: igualdad, capacidad y diferenciación. Esta definición, más o menos abstracta, puede ampliarse mediante una triple interpretación que precisaría cada término, respectivamente, así:

1. Respecto de la población en su conjunto: Un cambio del *status* general de súbditos a un conjunto global de ciudadanos que, mediante la ampliación de los mecanismos de participación, colaboran en el desarrollo de un sentimiento general respecto del principio de igualdad política y de una aceptación mayor del principio de legalidad.
2. Respecto de las prestaciones generales del sistema gubernamental: El desarrollo político implica un incremento en la capacidad para dirigir los asuntos públicos del sistema político, así como para controlar la oposición y para hacer frente a las demandas populares.
3. Respecto de la organización de la esfera pública: El desarrollo político supone una mayor diferenciación estructural, una especificidad funcional más concreta y un grado mayor de integración de todas las instituciones y las organizaciones insertas en el proceso concreto.

Esta tipología, que Pasquino toma de L. W. Pye [13] examina el desarrollo político a tres niveles: primero a nivel de la población; segundo al del sistema general y, por último, al de los subsistemas. Sin embargo, el concepto de desarrollo político tiene connotaciones demasiado amplias como para desarrollarlas aquí sin exceder nuestras intenciones y objetivos.

[12] Véase G. Pasquino, «Lo sviluppo politico», en G. Sartiri, *Antología di Scienza Politica*, Il Mulino, Bolonia, 1975.

[13] Véase L. W. Pye, «Introduction», en Pye y Verva, *Political Culture & Political Development*, Princeton, 1965.

Ahora bien, si tratamos de diseñar un modelo primario pero significativo y que no se reduzca a una síntesis de los métodos clásicos, tendremos que recurrir a la valoración comparativa de los siguientes elementos:

1. Grado de participación ciudadana, que supone apreciar el nivel de influencia en las gestiones públicas y determinar el grado de homogeneidad social.
2. Grado de legitimidad del núcleo gubernamental del sistema global, que precisa determinar: a) tipo de legitimidad; b) grado de control político; c) capacidad real de la gestión pública, y d) grado de satisfacción de las demandas sociales.
3. Grado de racionalidad en la estructuración de la esfera pública, (congruencia material de las instituciones), que exige identificar: a) el grado de diferenciación entre estructuras; b) el grado de especificidad competencial, y c) el grado de integración social de las instituciones subsistema.

Este modelo, pese a su aparente sofisticación, sólo establece criterios generales y simplemente descriptivos pero que permiten apreciar la amplitud de los elementos y el gran número de factores complejos que deberá integrar. Por lo tanto, antes de proponer cualquier alternativa, creemos necesario analizar modelos específicos, que se refieren a estructuras concretas y dejan estudiar procesos de transformación determinantes de nuevos comportamientos, a fin de averiguar su potencial teórico para explicar la capacidad de consolidación de un sistema dado en relación a las formas de transición política.

En líneas generales y siguiendo las tesis de J. Linz sobre las características de los regímenes de tipo autoritario, su desarrollo y crisis [14], Morlino analiza los factores comunes que pudieran conformar un modelo global descriptivo de la crisis del autoritarismo y su transformación inicial en un régimen de democracia débil. Para este último autor, las

[14] *Cf.* J. Linz, «Totalitarian and Authoritarian Regimes», en Greenstein y Polsby, *Handbook of Political Science*, vol. III, Addison y Wesley Pubs. Co., Reading, Mass, 1975. También, del mismo autor, *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis Breakdown and Reequilibration*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1978.

consecuencias que se derivan de los cambios sobrevenidos en la estructura del régimen en crisis pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Se manifiesta un grado menor de eficacia en las decisiones y en las satisfacciones de las nuevas y viejas demandas de los mismos actores que antes estaban en la coalición dominante.
2. Se verifica un grado menor de efectividad y una disminución de la capacidad del régimen autoritario para limitar el pluralismo.

Esto, en definitiva, implica que, por una parte se debilita constantemente la legitimidad del sistema autoritario y, por otra, alguno de los antiguos actores reducen su compromiso activo con el régimen, tendiendo incluso a manifestarse en franca oposición. De esta manera, el desarrollo de la crisis puede conducir a una de las siguientes alternativas:

1. La transferencia del poder interno se efectúa en beneficio de un actor único (fuerzas militares o paramilitares).
2. Se consigue una reconstrucción de la coalición gobernante, manteniendo el poder de los antiguos actores sin cambios esenciales en la estructura del poder.
3. Ante la imposibilidad de reestructurar las anteriores líneas de poder y por las presiones ejercidas sobre éste, la crisis se torna insoslayable, implicando un cambio de régimen.

Por lo que se refiere al proceso de instauración democrático, sus resultados iniciales y las posibilidades de consolidación hemos de partir, de acuerdo con Huntington, del análisis de una doble institucionalización: la de las estructuras de poder y la de las de mediación; proceso que se irá decantando en el período de transición y cuyo estudio es esencial para conocer tanto el grado de legitimidad que alcanza como el grado de efectividad que posee. La primera condición es fruto del incremento real del pluralismo y de la participación en la reconstrucción del sistema. La segunda se deriva del nivel de diferenciación funcional alcanzado por las estructuras de gestión [15].

[15] Véase S. P. Huntington, *Political order in changing Societies*, Yale University Press, 1968.

Como podemos deducir de lo anterior, el proceso de consolidación democrático puede implicar un par de consecuencias alternativas: una fuerte consolidación o bien una débil; ello dependerá, por lo tanto de:

1. Grado de legitimidad alcanzado.
2. Grado de eficacia en las decisiones adoptadas.
3. Efectividad material de las estructuras de poder.
4. Influencia y capacidad de control de las estructuras de mediación.

Como hemos visto, los modelos de Hewlett y de Morlino plantean el análisis de fenómenos globales de transición-transformación-institucionalización-consolidación, que no pueden aplicarse indistintamente a cualquier objeto de estudio. En efecto, el primero de los propuestos sería más adecuado para un análisis transnacional que determinara el peso del sistema latinoamericano e internacional en áreas específicas —que pueden o no reducirse a naciones, pero con un condicionamiento evidente respecto de la influencia de los factores económicos—. Por su parte, los modelos de Morlino aluden a un proceso único de transformación política y social, desdoblado en dos fenómenos subsidiarios del principal: uno de crisis autoritaria y otro de instauración —transición-consolidación— democrática, pero que, en definitiva, pueden resumirse en el general de transición del autoritarismo, sea o no de corte tradicional fascista, al pluralismo formal de los estados democráticos de derecho.

Sin que sufran menoscabo en nuestra opinión los modelos descriptivos de los que hemos nutrido nuestro trabajo, estamos convencidos, sin embargo, de lo inviable de un modelo global, omnicomprensivo, que pretenda describir los procesos generales de transición que se han dado —y que aún trabajan por su consolidación— en el constante devenir de la democracia en América Latina. Un intento de tal magnitud bien sólo evidenciaría aspectos circunstanciales y muy generales, obvios en definitiva, bien carecería de rigor por la ambigüedad de su objeto principal y por la multitud de elementos intervinientes en su desarrollo, los cuales, a su vez, llegan a poseer significados muy diversos en cada nación.

Cierto es que tan cambiantes son las instituciones políticas como los valores políticos y que en algunas sociedades se producen cambios considerables —institucionales, cualitativos— de manera muy rápida por medio de rupturas radicales, revoluciones. En otras, por el contrario, estos cambios se realizan a través de una evolución gradual que no contiene un alto nivel de desórdenes civiles, ni requiere el uso de la fuerza. Entre ambos límites se da una extensa gradación de estabilidad-inestabilidad política y social. Medir adecuadamente cada uno de estos grados es, sin duda, uno de los mayores tantos que puede apuntarse la investigación sociopolítica, pero constituye una tarea tan arriesgada en sus conclusiones, como compleja en sus métodos.

Los problemas derivados del sistema interno, las influencias del ámbito internacional y la viabilidad del sistema jurídico-político iberoamericano

Como hemos tenido ocasión de ver a lo largo del trabajo, la tendencia hacia la unificación funcional/racional de un sistema jurídico político latinoamericano pasa por la formulación de una sobredeterminación jurídica uniforme [16]. En otras palabras, como afirma Frederic [17], la unidad económica lleva aparejada la uniformidad jurídica y esta armonización se impone porque una organización económica europea efectiva y más pujante implica necesariamente la existencia de un número creciente de normas legales comunes [18].

[16] Pero no sólo enfocándolo desde una óptica estrictamente jurídico-positiva y chovinista. Mi intención era más amplia; para estas conclusiones, han sido de suma utilidad las reflexiones extraídas de G. Pierre-Charles, *El pensamiento sociopolítico moderno en el Caribe*, FCE, México, 1985. G. F. Fernández, *Democracia, estabilidad y desarrollo político en América Latina*, Pleamar, Buenos Aires, 1985. También, las reflexiones de N. Lechner, *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden democrático*, CIS, Madrid, 1986, y *Los patios interiores de la democracia*, FCE, México, Chile, 1990.

[17] Véase L. Frederic, «L'unification des droits dans les pais de Benelux», en *Revue de Droit Internationale et Droit Comparée*, Bruselas, 2/57.

[18] L. Moisset de Espanes, «La codificación española y su influencia en el Código civil Argentino» (Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Lima en Homenaje al centenario del Código civil español, 1880-1989), en *Anuario de derecho civil*, t. 43; v, n.° 3, 1990.

> Una voluntad de colaboración suficientemente fuerte y tenaz para imponer a los diferentes pueblos soluciones legislativas uniformes; una atmósfera de confianza creada así, propicia el espíritu de transacción, conciliación tendente a acercar los puntos de vista para alcanzar el objetivo común a pesar de la preferencia que tienen muchos hombres de la ley, conservadores por esencia, de las normas jurídicas nacionales, que ellos conocen y que, a causa del hábito de practicarlas, creen que son las mejores [19].

Por lo que se refiere a los muy poco específicos planes en torno a la unidad legislativa, aceptada la necesidad de procurar la armonización legislativa de los países de la ALAC e, idealmente, con los del resto del continente, cabría como hipótesis, el siguiente método operativo [20]:

— Recurrir a las experiencias derivadas del derecho comparado, notablemente las de los países mediterráneos adheridos a la CEE y aquellos que, proviniendo del bloque socialista, cobran una nueva significación singular, como es el caso por excelencia de la nación alemana [21].

— Proceder a una reorientación del sentido estricto de ley; si admitimos la posibilidad de la unificación legislativa, debemos precisar la orientación a seguir respecto de los demás conjuntos normativos de índole nacional, susceptibles de objetivación continental [22]. Y para ello, nada mejor que reflexionar sobre la inviabilidad de las reglas importadas del *Common Law* anglosajón [23].

— Replantear los supuestos relativos a las normas de carácter penal. Con frecuencia, y no es cuestión moderna [24], se ha discutido sobre la utilidad de reformar —unificando— los Códigos penales de Iberoa-

[19] L. Frederic, *op. cit.*

[20] A. M. Garro, «Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.° 24, 1988, Madrid.

[21] R. Zaydin, «Desarrollo histórico del derecho internacional americano», en *REDA,* n.° 3, 1964.

[22] S. M. Daña Montaño, «Una ley española que sirve de modelo en Hispanoamérica», en *Revista de Estudios Políticos* 178/71.

[23] Véase, como ejemplo concreto, H. Cámara, «Unificación legislativa cambiaria americana, 1965», en *New York Law Forum,* n.° 3.

[24] Véase, al respecto, L. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* t. I, Losada, Buenos Aires, 1964.

mérica. Bella utopía, no exenta de razones sustancialmente defendibles, que se debilita en razón a los siguientes argumentos:

a) La inestabilidad de la codificación penal iberoamericana.
b) Los complejos procedimientos para la reforma penal.
c) Los obstáculos que se plantean frente a las tentativas de unificación.
d) Los ámbitos de posibilidad.
e) Utopía y realidad de la codificación penal tipo. El problema del nacionalismo codificante [25].

— Reactivar funcionalmente y reconvertir de manera material el poder judicial. En efecto la justicia se enfrenta en Iberoamérica a una crisis de confianza en casi todos los países, lo que se deduce de la masificación de la justicia, de la lenidad de procesal, y de las carencias de apoyos infraestructurales que permitan cumplir con el servicio público que les compete. Y eso por no hablar de la quiebra de legitimidad institucional que diluye socialmente su entidad constitucional como poder del Estado [26].

La fórmula de adopción de sistemas gerenciales implica un cambio radical en la concepción del ente judicial, de una institución pasiva, tanto entre los poderes del Estado como ante las partes, algunas de las cuales llegan a controlar el decurso del proceso [27].

Empero, la adopción de técnicas administrativas —puramente técnico-jurídicas— chocan contra los valores tradicionales y las creencias de los administrados, que se sienten extrañados en el procedimiento [28].

[25] J. M. Castán Vázquez, La influencia de García Goyena en las codificaciones Americanas, *op. cit.*

[26] J. M. Rico, «La independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional», en *El poder judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la Sociedad,* CGPJ, Madrid, 1986.

[27] Véase J. M. Rico, «La independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional», en *El poder judicial..., op. cit.*

[28] *Cf.* L. Salas Calero, «El poder judicial en la década de los ochenta: aspectos administrativos», en *El poder judicial..., op. cit.*

APÉNDICES

BIOGRAFÍAS

Abadía Méndez, Miguel. Abogado y político colombiano nacido en 1867. Militante del partido conservador. Presidente de la república (1926-1930), elegido por el voto unánime del partido conservador y único candidato. Obras: *Compendio de historia moderna, Nociones de prosodia latina* y *Geografía de Colombia.*

Abello, Manuel (1812-1872). Político y financista colombiano. Presidente del Estado de Magdalena. Diputado a la Convención de Río Negro que sancionó la Constitución de 1868.

Abente Haedo, Víctor. Político y jurisconsulto paraguayo nacido en 1882. Presidente de la Cámara de diputados. Senador. Presidente de la delegación a la Conferencia Interparlamentaria de Comercio de Río de Janeiro (1927). Ministro del Interior (1932).

Abreu, Antonio Paulino Limpo de (1798-1883). Político brasileño, aunque oriundo de Lisboa. Firmó en 1831 el ultimátum pidiendo la abdicación del emperador Pedro I. Participó en la revolución de 1841 para proclamar la república. Fue ministro de Relaciones Exteriores y ministro plenipotenciario ante la Conferencia Argentina, durante la presidencia de Urquiza. Recibió el título de vizconde de Abaeté en 1854.

Aceval, Benjamín. Político, educador y diplomático paraguayo. Fundó el Colegio Nacional de Asunción (1877). Firmó el tratado de límites con Bolivia (1887). Presidente de la república desde 1898 a 1902. Durante su gobierno se creó la Guardia Nacional, se dictó la ley de matrimonio civil y se adoptó el sistema métrico decimal. Fue derrocado por un golpe militar.

Acevedo, Carlos Alberto. Financista argentino nacido en 1889. Ministro de Hacienda del presidente Castillo (1941-1943) y presidente de la Corporación

de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires (1938-1941). Obras: *Instituciones políticas de los países anglosajones, Consejo de Fábrica, Interpretación de los contratos* y, en colaboración con Miguel Ángel Cárcano, *Hipotecas a oro.*

Acevedo, Eduardo. Jurisconsulto, escritor y político uruguayo. Nacido en 1815 y fallecido el 23 de agosto de 1862. Fue director del periódico *El Defensor de la Independencia Americana.* Durante la guerra de Nueve Años (1843-1851), residió fuera de Montevideo, terminándose la guerra con la capitulación de Oribe el 8 de octubre de 1851. Escribió su *Proyecto de Código civil,* en el que desarrolló las ideas más modernas en materia de legislación. Escribió también una obra titulada *Contribución al estudio de la historia económica y financiera de la República Oriental del Uruguay.* Formó parte de la asamblea legislativa de 1852. Fundó el diario *La Constitución,* órgano de política conciliadora y conservadora. Los disturbios de su país le obligaron a emigrar a Buenos Aires, donde permaneció hasta 1860, en cuyo tiempo redactó, en colaboración con el doctor argentino Vélez Sarsfield, el Código de comercio que rige en la Argentina, y ocupó la presidencia de la Academia de Jurisprudencia. Vuelto a su país, fue nombrado ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores por el presidente Bernardo Berro; fue candidato a la vicepresidencia y a la presidencia de la República del Uruguay.

Acevedo, Eduardo. Historiador y jurisconsulto uruguayo, aunque nacido en Buenos Aires en 1857. Hijo del codificador del mismo nombre. Rector de la Universidad (1904-1906), ministro de Industrias (1911-1912), director del Banco de la República (1914-1924), director general de Enseñanza Primaria y Normal (1925-1929), catedrático de Economía Política y Finanzas, presidente del Consejo Directivo de la Facultad de Agronomía y presidente de la Ancap (1931-1933). Obras: *Artigas, jefe de los orientales y protector de los pueblos libres* (1909), *Anales históricos del Uruguay* (6 tomos), etc.

Acevedo Álvarez, Eduardo. Político, jurisconsulto y profesor uruguayo nacido en 1893. Ministro de Industrias (1927) y de Hacienda (1931-1933). Autor de *La gran obra de los poderes constitucionales frente a la crisis.* Con antecedentes que se remontan a los años de la posguerra (1934).

Acevedo y Gómez, José. Patriota colombiano. A principios del siglo XIX inició una campaña por la independencia y en una asamblea de criollos y españoles, convocada en Santa Fe de Bogotá por el virrey Antonio de Amar y Borbón, leyó su famoso *Memorial de Agravios.* En el Cabildo Abierto del 20 de julio de 1810 dictó El Acta de la Independencia. La reacción española lo condenó a muerte y se refugió en las selvas vírgenes de Andaqui,

donde llevó hasta sus últimos días una vida de privaciones. Era llamado el Tribuno del Pueblo.

Acosta, Juan Bautista. Político paraguayo. Uno de los firmantes del Acta del 16 de mayo de 1811 que dio nacimiento a la república. Formó parte de la cruzada de los treinta y tres orientales. Diputado al congreso de la Florida.

Agramonte, Ignacio (1841-1873). Militar, abogado y patriota cubano. Luchó por la independencia. Firmó el decreto de abolición de la esclavitud. Redactó la Constitución de la primera república. Murió combatiendo a los españoles en Jimaguayú.

Agüero, Jerónimo (1795-1870). Jurisconsulto chileno. Participó en la lucha de la independencia. Diputado al Congreso Constituyente del Perú, que lo declaró peruano de nacimiento por los servicios prestados. Vocal de la Suprema Corte de Justicia de su patria adoptiva.

Baldivieso, Enrique. Jurisconsulto y político boliviano nacido en 1902. Fue presidente de la Federación Universitaria de la Paz (1924-1925), fundador del Partido Socialista, ministro de Relaciones Exteriores en 1936 y vicepresidente constitucional de la república (1938). Defendió en 1932, ante el Parlamento, al ex presidente Siles, en el juicio de responsabilidad.

Bello, Andrés (1781-1865). Venezolano de origen, se radicó en Chile. Filósofo, jurisconsulto, filólogo, gramático y ensayista, fue también poeta. Maestro de Bolívar, vivió en Londres, donde dirigió revistas de propaganda libertadora. Poeta clásico por su forma, siente la naturaleza americana. Tradujo a algunos románticos franceses. Culto y ecuánime crítico, polemista sereno, contendió con Sarmiento en Chile. «A la agricultura de la zona tórrida» es su poema más celebrado. Redactó *La Biblioteca Americana* (1823) y el *Repertorio Americano* (1826). Publicó, entre otros, libros de las más diversas disciplinas: *Compendio de la historia de la literatura* y *gramática castellana*. Su vida quedó narrada por el escritor chileno Miguel Luis Amunátegui.

Bevilaqua, Clovis (1859-1944). Jurisconsulto e internacionalista brasileño. Miembro de la Corte de Justicia Internacional de La Haya. Autor de *Código civil comentado* (6 vols.), *Derecho internacional privado, Soluciones prácticas de derecho.*

Díaz Carlos, Arturo. Jurisconsulto colombiano nacido en 1895. Magistrado de la Corte Suprema. Representante por Santander durante cuatro períodos. Autor de varias biografías históricas.

Ganns, Claudio. Político historiador y periodista brasileño nacido en 1896. Colaboró en la redacción del Código del Aire brasileño. Obras: *Autobiografía*

do Vizconde de Maná y *La proclamación de la mayor edad del emperador don Pedro II.*

García Manuel, José (1784-1848). Jurisconsulto, diplomático, financista y político argentino. Luchó contra las invasiones inglesas. Consejero de estado (1812). Enviado al Brasil para evitar la Alianza Hispanoportuguesa (1821). Ministro de Hacienda del gobernador Rodríguez (1822) y creador del Crédito Público. Enviado nuevamente al Brasil (1827) para firmar la paz. Ministro de Hacienda del general Villamonte (1833).

García Manuel, Rafael (1826-1887). Diplomático argentino, hijo de Manuel José. Ministro en Austria-Hungría. Autor de *Estudio sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana y la organización constitucional argentina.*

Hernández López, Juan. Político puertorriqueño. Miembro del primer gabinete autonómico (1898).

Lozano, José María (1819-1893). Jurisconsulto y magistrado mexicano. Republicano. Presidente de la Suprema Corte de Justicia. Primer procurador de la nación. Inició la publicación de *Legislación mexicana.*

Narvaja, Tristán (¿-1877). Jurisconsulto argentino. Antirrosista, emigró a Montevideo. Fue ministro y diputado.

Osorio, Alejandro. Político colombiano del siglo XIX. Luchó a las órdenes de Bolívar. Contribuyó a redactar la constitución de su país.

Saavedra Lamas, Carlos. Jurisconsulto e internacionalista argentino nacido en 1878. Ministro de Justicia e Instrucción Pública (1915) y de Relaciones Exteriores (1932-1938). Rector de la Universidad de Buenos Aires (1941-1943). Delegado en conferencias internacionales. En 1936 se le otorgó el Premio Nobel de la Paz. Obras: *La escuela intermedia, Los tratados de arbitraje*, etc.

Sáenz Peña, Roque (1851-1914). Jusriconsulto y político argentino. Ofreció sus servicios al gobierno peruano durante la guerra del Pacífico. Al mando del batallón Iquique se batió en Dolores (1879). Estuvo preso en Chile hasta el fin de la contienda. Fundó en 1883 el diario *Sud América* de Buenos Aires. Ministro en el Uruguay (1884). Delegado en los congresos de Montevideo y de Washington. En este último pronunció su célebre frase: «América para la humanidad». Ministro de Relaciones Exteriores de Juárez Celman (1890). En 1891 renunció a su candidatura a la presidencia de la república para no oponerse a la de su padre. Diputado nacional (1906). Embajador especial en las bodas del rey de España y luego ministro en ese país. Jefe de la delegación argentina en el congreso de La Haya y

miembro de la Corte Permanente de Arbitraje, en cuyo carácter tuvo que dirimir un pleito entre Venezuela y EE.UU. Ministro en Italia. Presidente de la República (1910-1914). Murió antes de terminar su mandato. Durante su gobierno se sancionó la ley electoral que lleva su nombre, que facilitó la incorporación a la vida cívica de las grandes masas populares.

Sierra, Justo (1848-1912). Fue la más alta cabeza política del positivismo mexicano y un pensador eminente. Prosiguió el empeño de Gabino Barreda, aunque en sus últimos años se manifestara escéptico acerca de la doctrina sustentada por aquél. Ministro de Instrucción Pública del general Porfirio Díaz. Obras: *La evolución política de México, El beato Calasanz, Cuentos románticos, Juárez, su obra y su tiempo*, etc.

Tezanos Pinto, Mario A. de. Jurisconsulto argentino nacido en 1894. Obras: *El impuesto único* y *Exposición y crítica de la doctrina de Henry George.*

Unsáin, Alejandro M. Abogado argentino nacido en 1881, especialista en legislación del trabajo. Profesor, funcionario y académico de Ciencias Económicas, ha escrito: *Manual de legislación obrera, Leyes sobre las Argentinas, Diccionario de legislación social.*

Valle Iberlucea, Enrique del (1877-1921). Jurisconsulto, político y escritor argentino, oriundo de España. Ingresó en el Partido Socialista en 1902. Senador nacional (1913-1921). Poco antes de su muerte, el Senado lo privó de inmunidades y lo entregó a la justicia acusado por sus ideas avanzadas y su defensa del internacionalismo proletario. Obras: *Diputados de Buenos Aires en las Cortes de Cádiz, Socialismo científico, Los Jesuitas y el regicidio*, etcétera.

Vázquez, Genaro. Jurisconsulto y político mexicano nacido en 1898. Diputado y senador. Secretario del Partido Nacional Revolucionario. Ministro de la Suprema Corte. Delegado en conferencias panamericanas.

Vázquez, Santiago (1767-1847). Político uruguayo. Luchó por la independencia a las órdenes de Rondeau y Artigas. Formó parte en 1817 de la sociedad secreta Caballeros Orientales que bregaba por la emancipación de su país. Diputado a la asamblea que dictó a la primera constitución. Ministro de Gobierno y de Relaciones Exteriores del general Fructuoso Rivera (1831-1833). Participó en la defensa de Montevideo siendo nuevamente ministro de Relaciones Exteriores en el curso de la misma (1843-1846).

Vélez Sarsfield, Dalmacio (1800-1875). Jurisconsulto y político argentino. Diputado por San Luis al congreso de 1825 y secretario del mismo. Intervino en la sanción de la Constitución de 1826. Rosas lo desterró a Córdo-

ba. Emigró a Montevideo (1842-1846). De regreso en Buenos Aires, escribió, a petición del gobierno, *Derecho público, eclesiástico* y *Discusión de los títulos del gobierno de Chile a las tierras del estrecho de Magallanes*. Al caer la tiranía ocupó una banca en la legislatura bonaerense. Se opuso al Acuerdo de San Nicolás (1852). Fundó y dirigió el diario *El Nacional*. Negociador diplomático entre Buenos Aires y la Confederación. Dos veces ministro (1856-1857 y 1859). Fundador del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Senador por Córdoba. Ministro del Interior de Sarmiento. Redactor del Código civil argentino.

Videla, Jacinto (1848-1899). Jurisconsulto y político argentino. Varias veces ministro en San Luis. Diputado nacional. Gobernador de esa provincia. Una facción del partido radical lo derrocó y encarceló.

Videla, Nicolás E. Jurisconsulto y financista argentino. Ministro de Hacienda del gobernador Udaondo en la provincia de Buenos Aires. Autor de una extensa Memoria sobre catorce años de finanzas de dicha provincia. Murió en 1915.

BIBLIOGRAFÍA COMENTADA

El propósito de esta brevísima bibliografía, disciplinada por lógicas consideraciones editoriales, sólo pretende indicar al lector algunas de las fuentes más asequibles e interesantes sobre las que se ha cimentado mi trabajo. Las personas pacientes e interesadas en ampliar algunas de las cuestiones que he tratado con cierta rapidez, tendrán la caridad de bucear en las someras notas a pie de página que refuerzan las afirmaciones y análisis vertidos en el libro. Las características del mismo me impiden construir un repertorio de fuentes exhaustivo, como homenaje necesario a la gran cantidad de personas merced a cuyo esfuerzo y trabajos se hace posible desarrollar la labor científica. A todos ellos, máxime a los ausentes, que no olvidados, mi profundo agradecimiento por su auxilio intelectual.

Obras de carácter general

Albi, Fernando, *Derecho municipal comparado del mundo hispánico*, Aguilar, Madrid, 1955.

No por específico tiene el trabajo de Albi menos mérito; por el contrario, es una fuente importante para caracterizar aquellos rasgos organizativos de los países de la comunidad iberoamericana que continúan teniendo vigencia actualmente.

Burke, William, *Derechos de la América del Sur y de México*, 2 vols., Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959.

Brillante alegato, sumamente apasionado de este publicista irlandés que arriba a Venezuela en 1810. Entró en estrecha relación con numerosos patriotas, especialmente con Miranda. En el período que abarca desde el 23 de noviembre de 1810 al 20 de marzo de 1812, publicó una serie de artículos que,

a la postre, se convertirían en el libro que reseño. Burke pretendió en su obra versar al público en los grandes principios de derechos y obligaciones, particularmente en lo tocante a la libertad civil, a los derechos de representación y a la idea de confederación. Es un trabajo interesante, aunque muy sesgado hacia los ideales liberales, republicanos e independentistas.

Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Reus, Madrid, 1957.
Clásica monografía de inexcusable referencia para la concepción de los sistemas de organización jurídica contemporánea. En extremo útil para concebir seriamente cualquier pretensión rigurosa de método sistemático.

Constantinesco Leontin, Jean, *Tratado de derecho comparado*, vol. I, *Introducción al derecho comparado*, Tecnos, Madrid, 1981.
Obra de referencia muy apropiada para superar la visión atomizada del derecho que con frecuencia posee el jurista. Merced a este trabajo, pueden fijarse los criterios que permiten insertar las concepciones fragmentadas sobre los sistemas jurídicos en estructuras globales, dotando al análisis de una perspectiva capaz de sintetizar sus propias dimensiones.

David, René, «Tratado de derecho civil comparado», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1953.

— *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, Madrid, 1968.
El eminente comparatista francés no precisa presentaciones. De sobra son conocidos sus trabajos y las polémicas que han implicado sus concepciones, como lo aprecian, entre otros, Castán Tobeñas y Castán Vázquez. Sea como fuere, con distintos ámbitos de especificidad, estos dos libros resultan una fuente de datos importante para la conceptualización de los sistemas jurídicos, siempre que se adopte la cautela de no participar en el excesivo etnocentrismo de la tradición iuspublicista francesa.

Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
Se trata de un texto de referencia que permite contrastar el influjo de los ordenamientos anglosajones sobre las formas de organización jurídicas de algunos estados iberoamericanos, lo que tiene particular importancia en lo relativo a elementos del derecho público y a temas de carácter jurisdiccional.

Recasens Siches, Luis, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX* (vol. II), Porrúa, México, 1963.
Contiene una muy detallada exposición de las corrientes doctrinales, filosófico-jurídicas, de los pensadores iberoamericanos contemporáneos, lo que permite apreciar con mayor facilidad las distintas expresiones de los conjuntos

ideológicos que expresan la singular idiosincrasia jurídica de las naciones del área.

Silió Beleña, César, *Rudimentos de legislación mercantil comparada*, Miñón, Valladolid, 1951.
Obra sumamente clara para destacar los rasgos diferenciales de las distintas formas de juridificar las relaciones comerciales; permite apreciar cómo se mezclan, en el caso de Iberoamérica, elementos de orden anglosajón, con los de carácter consuetudinario hispánico.

Valladão Haroldo, *Le droit latino-americain*, Lib. Sirey, París, 1954.
Este opúsculo del conocido comparatista brasileño permite apreciar, desde una óptica bastante objetiva, la configuración del sistema de derechos que se desarrollaron en Iberoamérica a partir de la independencia, poniendo especial énfasis en aquellas regulaciones de carácter autóctono que tuvieron gran repercusión en el propio sistema interamericano.

Veliz, Claudio, *La tradición centralista en América Latina*, Ariel, Barcelona, 1984.
Este trabajo expresa una concepción rigurosa de las concepciones políticas centralistas en Iberoamérica; tradiciones que se han asumido de forma casi inconsciente y que determinan procesos de burocratización de los poderes públicos, tales que difícilmente permiten proseguir la vía de la modernización y el desarrollo hacia modelos industriales avanzados.

Colecciones y repertorios de monografías

El actual Instituto de Cooperación Iberoamericana, antiguo Instituto de Cultura Hispánica, continúa una importantísima línea editorial al continuar con las ediciones, si bien de forma muy esporádica de las «Constituciones de Iberoamérica» no ocurre lo mismo con la colección dedicada a los correspondientes «Códigos Civiles», de los que hay publicados una buena cantidad, cuidadosamente anotados, en su mayor parte, y todos precedidos de valiosos estudios preliminares.

La «Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos», que dirigía el profesor Alejo García Moreno, dedicó su segunda serie a los estados americanos, proporcionando una excelente fuente de referencia al respecto.

La Académie de Droit International de La Haye publica los *Recueil des Cours* que celebra con regularidad sobre temas quizás más relacionados con esa rama del derecho público, pero que integran aportaciones monográficas de eminentes especialistas. Su utilidad para temas específicos es obvia.

Obras relativas a la configuración de las naciones iberoamericanas y a su consolidación jurídico-política

Agúndez Fernández, Antonio; Fernández Martín-Granizo, Mariano y Ruiz Vadillo, Enrique, *Régimen legal básico de los países iberoamericanos*, Eds. Cultura Hispánica, Madrid, 1986.

Se trata de un trabajo sistemático que ofrece abundantes referencias sobre los distintos modelos de organización jurisdiccional de los países iberoamericanos con especial énfasis en los sistemas de organización judiciales, funcionamiento, procedimientos y ámbito normativo de actuación.

García Gallo, Alfonso, *Metodología de la historia del derecho indiano*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

Texto de tan obligada consulta no resulta fácil de resumir, don Alfonso García Gallo expresa en él los mecanismos metodológicos imprescindibles para un análisis riguroso de los problemas que afectan al estudio del derecho en el mundo hispánico. Debe completarse esta lectura con su monografía «La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América española, 1492-1824», *Index*, n.° 6, 1976.

Castán Vázquez, José María, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984.

Se trata del discurso de recepción como miembro de número de la Academia, en el que el profesor Castán Vázquez realiza un análisis exhaustivo de las múltiples influencias que de nuestro ordenamiento han recibido las naciones iberoamericanas; especialmente útiles son las aportaciones referentes a los procesos de codificación.

Castejón, Federico, *Unificación legislativa iberoamericana*, Cuadernos de monografías, Madrid, 1950.

Contiene materiales para el estudio del derecho comparado y de la posible unificación legislativa entre España y las naciones iberoamericanas.

Córdova Guerrón, Eduardo, *Las convenciones colectivas de trabajo. Con referencia especial a la legislación ecuatoriana*, Eds. Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

Pese a ser una monografía que se orienta hacia la experiencia del Ecuador, no pierde su autor el sentido comparatista, ofreciendo un extenso apéndice donde se contienen los principios fundamentales de las regulaciones laborales iberoamericanas. Interesante aportación sobre un tema vital para comprender la positivación material de los derechos sociales y, en especial, las distintas concepciones jurídicas sobre el trabajo y sus procedimientos contractuales.

Hernández Peñalosa, Guillermo, *El derecho en Indias y en su metrópoli*, Themis, Bogotá, 1969.

Extenso manual, realizado por un historiador del derecho colombiano, que abarca, quizás, demasiado campo teórico, pero que ofrece una excelente información sobre la expansión del derecho hispánico en Iberoamérica, así como sobre el origen de la expansión del derecho propio de las colonias.

Quintano Ripollés, Antonio, *La influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*, Eds. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

El profesor Ripollés contribuye con este libro a concretar los orígenes hispánicos del derecho penal en Iberoamérica, estudiando aquellas fuentes de transmisión que se imbricaron en los ordenamientos consuetudinarios autóctonos, dándoles unidad y coherencia. Es interesante la clasificación de los distintos sistemas penales del continente iberoamericano, en función del grado de influencia que nuestro derecho penal ha tenido sobre ellos; pero nos parece más útil aún la discusión sobre la dogmática del legalismo penalista iberoamericano.

Ots y Capdequi, José María, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1969. Idem, *El Estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986. Idem, *Estudios de historia del derecho español en las Indias*, Minerva, Bogotá, 1940.

Citar a Ots Capdequi nunca es tarea fácil. Desde sus primeros trabajos al principio de la década de los cuarenta, hasta la sistematización histórica —clásica ya— que citamos en primer lugar, constituyen sus obras una fuente básica, junto a las de García Gallo, para aproximarse a los fenómenos sumamente complejos del ámbito jurídico iberoamericano. Si tenemos en cuenta que este historiador no se remonta más allá de las crisis derivadas por el proceso de desintegración colonial, queda abierto un campo muy amplio para, aprovechando sus investigaciones, proseguir trascendiendo los límites del «derecho indiano modernizado» y tratar de perfilar la idea de sistema derivado.

Rubio, Jesús, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950.

El Proyecto de Código de comercio de 1829 de Sáinz de Andino pudiera ser a la codificación mercantil lo que fuese el de García Goyena a la Civil. Por eso, nos parece sumamente útil este trabajo para tratar de averiguar hasta qué punto se han recibido estos precedentes en las correspondientes normaciones iberoamericanas; pese a tratarse de un derecho privado sumamente específico y singular, que quizás no goce de la popularidad de las grandes codificaciones civiles, las regulaciones de carácter mercantil y comercial en el ámbito iberoamericano resultan de excepcional importancia a la hora de establecer hipótesis razonables relativas a su potencias sistematización-unificación.

Pietschmann, Horst, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

Es un hecho que la realización del poder público colonial vino determinada por la conjunción de múltiples factores de orden socioeconómico e ideológico —religiosos sobre todo—, lo que a su vez condicionó sobremanera las mismas estructuras públicas estatales-derivadas (indianas). Pietschmann parte del convencimiento de la personalidad jurídica del Estado, de cuya naturaleza participan las instituciones que segrega; de aquí que su trabajo sea muy apreciable para estudiar las transferencias de legalidad, que se convertirían a lo largo del tiempo en transmisiones de legitimidad, permitiendo el devenir de una identidad público-estatal propia.

Zavala, Silvio A, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Junta para la Ampliación de Estudios, Madrid, 1935.

Obra importante como fuente de refuerzo para el análisis de la teoría de la penetración española en Iberoamérica, que no sólo se refiere a los aspectos históricos de la conquista, sino que también desarrolla importantes análisis sobre los sistemas de organización colonial coyunturales, armadas, fundaciones, expediciones, asentamientos..., para concluir con el estudio de las consecuencias jurídico-políticas derivadas de la conquista y, en especial, de aquellas que coadyuvaron a la creación del orden jurídico indiano, prolegómeno, raíz esencial de la identidad del propio sistema iberoamericano.

Referencias en torno a la teoría del sistema jurídico iberoamericano

«El Código civil Peruano y el sistema jurídico latinoamericano», ponencias presentadas al Congreso Internacional de Lima (agosto de 1985), facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Lima y Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Eds. Cuzco, Lima, 1986.

A propósito de las discusiones en torno a la reforma del Código civil peruano de 1984, se produce un importantísimo coloquio internacional donde no sólo se discuten aspectos sustantivos de este nuevo cuerpo legal, sino que, lo más importante a mi juicio, se establecen muy rigurosas discusiones sobre la naturaleza, contenidos comunes y eventual viabilidad de concebir la estructura jurídico-política de los países situados al sur de los EE.UU., como susceptible de integrar un sistema jurídico diferenciado. No necesariamente original y sustancialmente distinto de los tradicionales existentes. Tampoco desgajado de sus fuentes romanistas, sino, y no es tan simple, instituido y susceptible de autorregulación a nivel continental.

Direito e Integraçao, Ed. Universidade, Brasilia, 1981.

Destacan aquí los trabajos de S. Schippani y A. M. Villela, en torno a los problemas derivados del concepto de sistema jurídico, las clasificaciones de los derechos y la eventual unidad del sistema jurídico iberoamericano.

Stefano Rodotá (ed.), *Il Diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bolonia, 1977.

Especialmente el trabajo de G. Tarello, «La idea della codificazione», donde se conceptualizan rigurosamente los procedimientos normativos/positivos que permiten dar coherencia formal/material al sistema jurídico.

Studi Sassaresi; vol. V, *Diritto Romano. Codificazioni e unità del sistema giuridico Latinoamericano*, Giuffré, Milán, 1981.

Sumamente interesantes los trabajos de S. Schippani, Fernández Sessariego y G. Gaudemet, a propósito de las comparaciones jurídicas entre los diversos modelos del sistema y la presunta unidad del conjunto jurídico que potencialmente definiría al sistema jurídico latinoamericano.

Catalano, Pierangelo, «Derecho romano y países latinoamericanos», en *RGL y J.* (dic. 1979), también «Sistema jurídico, sistema jurídico latinoamericano y derecho romano», en *RGL y J.* (sept. 1982).

El profesor Catalano, en estos trabajos, analiza los orígenes comunes de los ordenamientos iberoamericanos, remontándose a su específica recepción de los conceptos romanistas y a la fundamentación de estructuras de desarrollo doctrinales y conceptuales autóctonas y similares.

Fairén Guillén, Víctor, «Bases uniformes de legislación procesal», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 173/70.

Trata el profesor Fairén Guillén de analizar la posible existencia de unas «bases uniformes» que permitan articular una legislación procesal común, al menos en lo relativo al procedimiento civil, para los distintos países iberoamericanos.

Destacan aquí los trabajos de [illegible] y [illegible] Vinuesa, en torno a los problemas derivados del concepto de sistema jurídico, las clasificaciones de los derechos y la eventual unidad del sistema jurídico latinoamericano.

[illegible] (a cura di), [illegible], Il Mulino, Bologna, 1977.

Especialmente el trabajo de G. Tarello, «L'analisi delle codificazioni, [illegible]», [illegible] que permiten [illegible] del sistema jurídico.

[illegible], vol. V, Diritto Romano Codificazioni e [illegible] Latinoamericano, Giuffrè, Milán, 1981.

Destacan [illegible] los trabajos de [illegible], Schipani, [illegible] y G. Gandolfi, a propósito de las [illegible] sobre los [illegible] modelos del sistema y la [illegible] unidad del conjunto jurídico [illegible] latinoamericano.

Catalano, Pierangelo, «Derecho romano y países latinoamericanos», en AA.VV. [illegible] 1979; [illegible] «[illegible] sistema jurídico latinoamericano y derecho romano», en [illegible], 1980.

El profesor Catalano, en estos trabajos, analiza los orígenes romanos de los ordenamientos iberoamericanos, [illegible] y a la fundamentación [illegible] de [illegible] doctrinales y concepciones [illegible] y similares.

Fairén Guillén, Víctor, «[illegible] de legislación procesal», en Temas de [illegible], Editorial [illegible], Madrid, 1975.

Trata el profesor Fairén Guillén de analizar la posible existencia de unas bases uniformes que permitan [illegible] una legislación procesal común, al menos en lo relativo al procedimiento civil, para los distintos países iberoamericanos.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

ÍNDICE TOPONÍMICO

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de Mateu Cromo Artes Gráficas, S. A.
en el mes de julio de 1992.

El libro *Influencia del Derecho español en América,* de Juan Carlos González, forma parte de la Colección «Relaciones entre España y América», que analiza aspectos muy diversos de las relaciones entre ambos mundos, que han dejado huellas en las artes, la ciencia y la estructura de la sociedad.

COLECCIÓN RELACIONES ENTRE ESPAÑA Y AMÉRICA

- Relaciones diplomáticas entre España y América.
- Andalucía en torno a 1492.
- La cristianización de América.
- Sevilla, Cádiz y América.
- El dinero americano y la política del Imperio.
- La idea de justicia en la conquista de América.
- Influencias artísticas entre España y América.
- Los liberales románticos españoles ante la descolonización americana.
- Influencia del Derecho español en América.

En preparación (entre otros):

- Linajes hispanoamericanos.
- El abate Viscardo (jesuitas e independencia) en Hispanoamérica.
- La agricultura y la cuestión agraria en el encuentro de dos mundos.
- Acciones de Cultura Hispánica en América.
- La Junta para la Ampliación de Estudios y América (1912-1936).
- Revolución Francesa y revoluciones hispánicas.
- Historia del Derecho indiano.
- Exiliados americanos en España.
- Exilio republicano.
- Fiestas, diversiones y juegos en la América hispánica.
- Relaciones científicas entre España y América.

DISEÑO GRÁFICO: JOSÉ CRESPO

La Fundación MAPFRE América, creada en 1988, tiene como objeto el desarrollo de actividades científicas y culturales que contribuyan a las siguientes finalidades de interés general:

Promoción del sentido de solidaridad entre los pueblos y culturas ibéricos y americanos y establecimiento entre ellos de vínculos de hermandad.

Defensa y divulgación del legado histórico, sociológico y documental de España, Portugal y países americanos en sus etapas pre y postcolombina.

Promoción de relaciones e intercambios culturales, técnicos y científicos entre España, Portugal y otros países europeos y los países americanos.

MAPFRE, con voluntad de estar presente institucional y culturalmente en América, ha promovido la Fundación MAPFRE América para devolver a la sociedad americana una parte de lo que de ésta ha recibido.

Las *Colecciones MAPFRE 1492,* de las que forma parte este volumen, son el principal proyecto editorial de la Fundación, integrado por más de 250 libros y en cuya realización han colaborado 330 historiadores de 40 países. Los diferentes títulos están relacionados con las efemérides de 1492: descubrimiento e historia de América, sus relaciones con diferentes países y etnias, y fin de la presencia de árabes y judíos en España. La dirección científica corresponde al profesor José Andrés-Gallego, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.



EDITORIAL
MAPFRE